

Statsansvar for miljøskader: EN DISKUSJON AV STANDARDER FOR
MILJØBESKYTTELSE MED FOKUS PÅ DUE DILIGENCE



Universitetet i Oslo
Det juridiske fakultet

Kandidatnummer: 519
Leveringsfrist: 25.11.2011

Til sammen 17219 ord

17.11.2011

Forord

Jeg vil rette en stor takk til min veileder Christina Voigt, for den tiden hun viet for å lese mine utkast og den interessen hun har vist for denne avhandlingen. Hennes veiledning og motiverende ord kom meget godt med i møte med de mange utfordringer på veien mot det endelige resultatet. Takk rettes også til mine nærmeste venner og bekjente både for råd men også som gjennom de mange kaffepauser ga meg nødvendig ro og tro på arbeidet med denne avhandlingen. Sist men absolutt ikke minst vil jeg takke min mor og den øvrige familie for den støtte de har vist gjennom mange års utdanning.

Denne masteravhandlingen ønsker jeg å dedikere til min far, for alt han lærte meg om livet og den oppmuntringen han ga oss barna om å tilegne oss kunnskap gjennom å lese bøker og satse på utdanning.

Eventuelle feil som måtte framkomme i avhandlingen er fullt og helt mitt ansvar.

Innholdsfortegnelse

FORORD	I
1 INNLEDNING	1
1.1 Temaet og hovedproblemstilling	1
1.2 Disposisjon	2
1.3 Begrepsavklaring	2
1.3.1 Hva forstår vi med begrepet «miljø»?	2
1.3.2 Hva menes med «folkerett» og «internasjonal miljørett»?	3
2 UTVIKLINGEN AV INTERNASJONAL MILJØRETT	4
2.1 Den historiske utviklingen av internasjonal miljørett	4
2.2 Hvilken betydning har suverenitetsprinsippet for internasjonal miljørett?	6
2.3 Hva er rettskildene i internasjonal miljørett?	7
3 DUE DILIGENCE I INTERNASJONAL MILJØRETT	7
3.1 Due diligence- opprinnelse og innhold	8
3.1.1 Hvordan kommer due diligence standarden til uttrykk på miljørettens område?	8
3.1.2 I hvilken grad påvirker de miljørettslige prinsippene due diligence standarden?	11
3.1.3 Er due diligence en forpliktelse knyttet til opptreden (conduct) eller resultat (result)?	12
3.1.4 Det rettslige grunnlaget for Due diligence; no-harm prinsippet	13
3.1.4.1 Når er det tale om «skade» («harm»)?	18
3.1.4.2 Særlig om verdsetting av miljøskader	19
3.2 Forbudet mot grenseoverskridende miljøskade	20
3.2.1 Hva er grenseoverskridende miljøskade?	20
3.2.2 Due diligence pliktenes funksjon ved grenseoverskridende miljøskade	21
3.3 Beskyttelse av internasjonale vassdrag	26
3.3.1 UN WC Konvensjonen fra 1997	28
3.3.2 Due diligence som standard for beskyttelse av internasjonale vassdrag	30

3.4	Beskyttelse av klimaet	37
3.4.1	Hva er klimaforandringer?	37
3.4.2	Eksisterer det regler som forplikter stater til å beskytte klimaet?	40
3.4.3	Due diligence som standard for beskyttelse av klimaet	42
3.5	Komparativ analyse av resultatene fra eksemplene	45
<u>4</u>	<u>STATSANSVAR PÅ MILJØRETTENS OMRÅDE</u>	<u>47</u>
4.1	Generelt om konseptet «statsansvar» og Folkerettskommisjonens rolle	48
4.2	Når gjør spørsmålet om statsansvar på miljørettens område seg gjeldende?	49
4.2.1	Årsakssammenheng som krav til statsansvar	51
4.3	Reparasjon	52
4.3.1	Restitusjon	52
4.3.2	Kompensasjon	53
4.4	Ansvarsfrihetsgrunnene	54
<u>5</u>	<u>SAMMENDRAG OG KONKLUSJON</u>	<u>55</u>
<u>6</u>	<u>LITTERATURLISTE OG KILDER</u>	<u>58</u>

1 Innledning

1.1 Temaet og hovedproblemstilling

De siste 30-40 årene har miljørett vært gjenstand for en gryende utvikling, i dag har «internasjonal miljørett» funnet sin plass i folkeretten og miljøspørsmål preger den internasjonale dagsorden. Temaet for denne avhandlingen er beskyttelse av miljøet med tilhørende rettsspørsmål om statsansvar for miljøskader. Ettersom dette er et svært omfattende tema er ytterligere avgrensning nødvendig. Hovedfokuset legges derfor på due diligence som standard for miljøbeskyttelse.

En vanlig utfordring på miljørettens område er å knytte handlinger/unnlater til staten ettersom det oftest er private aktører som skader miljøet. Due diligence standarden legger grunnlaget for at stater kan holdes ansvarlige for miljøskader som resultat av handlinger/unnlater begått av andre enn statlige organer. I et slikt tilfelle blir rettsspørsmålet om handlingen/unnlatsen kan tilegnes staten? Dette spørsmålet danner bakteppe for en rettsdogmatisk gjennomgang av due diligence. Andre sentrale spørsmål er hvilke status og innhold due diligence standarden har i internasjonal miljørett? I hvilken grad er due diligence standarden en forpliktelse? Endelig hvordan due diligence standarden i praksis fungerer? Avhandlingens mål er å klargjøre hvorvidt due diligence er en egnet standard for beskyttelse av miljøet.

Det rettslige grunnlaget for due diligence standarden er no-harm reglen som innebærer at stater plikter å hindre, kontrollere og minske risikoen for miljøskade ut over sitt territorium og jurisdiksjon. I avhandlingen gis det en redegjørelse av reglen hvor dets rettslige forankring og forbindelse til due diligence drøftes.

Ved bruk av eksempler fra ulike miljørettslige områder illustreres due diligence standarden i praksis. Diskusjonen av due diligence standarden i praksis vil anvendes på tre områder innenfor miljøretten. For det første som standard for beskyttelse av internasjonale vassdrag, for det andre i forhold til forbudet mot grenseoverskridende

miljøskade og endelig i forhold til klimaforandringer. Valget av både grenseoverskridende miljøskade og beskyttelse av internasjonale vassdrag som eksempler er begrunnet i at det er snakk om kjente områder som det er knyttet mange miljørettslige spørsmål til. Mens klimaforandringer er et nytt og interessant felt som setter tradisjonelle utgangspunkter på prøve. En komparativ diskusjon av forskjeller, likheter og utfordringer i forhold til de praktiske eksemplene vil også gjøres.

1.2 Disposisjon

Innledningsvis er det fornuftig kort å redegjøre for enkelte begreper som danner bakteppe for avhandlingen. I kapittel 2 gis det en innføring i den internasjonale miljørettens historie. Kapittel 3 omhandler avhandlingens hovedtema, nemlig due diligence. Under dette kapitlet redegjøres standardens innhold og funksjon, så vil den bli anvendt på praktiske miljørettslige områder. Etter dette vil det finne sted en komparativ drøftelse på bakgrunn av resultatene fra eksemplene. I Kapittel 4 vil det finne sted en diskusjon av statsansvar på miljørettens område. Her vil de rettslige konsekvensene av en eventuell krenkelse drøftes.

1.3 Begrepsavklaring

1.3.1 Hva forstår vi med begrepet «miljø»?

Begrepet «miljø» kan tolkes på mange måter, her settes fokus på to ulike forståelser basert på Nylands perspektiv; den alminnelige forståelsen av «miljø» og da utenfor folkeretten og «miljø» forstått i folkerettslig forstand.¹ I norsk ordbok defineres «miljø» som «omgivelser, og forhold som et menneske lever og ferdes i».² Tilsvarende definisjon finnes i Oxford English Dictionary som definerer «environment» som «the objects or the region surrounding anything». Den engelske definisjonen favner bredt ved at den også omfatter natur verdenen samt den menneskelige sivilisasjon. Oppsummert kan man si at begrepet «miljø» favner svært vidt og omfatter alle geografiske enheter som ikke kan splittes opp. Den omgir alt rundt oss og våre liv.

¹ Nyland 2009: s.7

Hva miljøbegrepet innebærer i folkerettslig forstand er ikke like klart og tydelig. En folkerettslig definisjon av begrepet ville vært kontroversielt og derfor er det heller ingen traktater, erklæringer, retningslinjer eller andre dokumenter som gir en konsis og direkte definisjon av begrepet.² Nyland mener at det folkerettslige miljøbegrep er knyttet til den enkelte stats suverenitet, hvor statenes forpliktelser overfor miljøet gir seg uttrykk i at de må respektere sine folkerettslige forpliktelser.³

I Nuclear Weapons saken fra 1996, karakteriserer den Internasjonale domstolen (ICJ) «environment» som en ikke «abstraction but the living space of life and the very health of human beings, including generations unborn».⁴ Denne forståelsen kan sammenlignes med forståelsen av begrepet utenfor folkeretten nemlig miljøet som helhetlig. Forståelsen av miljøet som helhetlig og grenseløst kan karakteriseres som en progressiv tolkning i motsetning til den tradisjonelle hvor folkeretten deler begrepet opp i geografiske deler.⁵ I følge Nyland utfordres det tradisjonelle utgangspunktet av «moderne forståelser av miljøet som grenseløst, der økosystemer og menneskelig inngrep i økosystemer står i gjensidige avhengighets- og interaksjonsforhold».⁶ Dette stemmer godt overens i forhold til klima problematikken hvor definisjonen av klima omfatter den samlede sum av land, atmosfære og vann systemet.⁷

1.3.2 Hva menes med «folkerett» og «internasjonal miljørett»?

Begrepet «folkerett» kan defineres som et rettssystem som har sitt «vesentlige øyemed å regulere forholdet mellom de ulike folk, eller nærmere bestemt forholdet mellom statene som sådanne».⁸ Det folkerettslige rettssystem kan sammenlignes med et nasjonalt rettssystem bestående av sine rettskilder og tolkningsprinsipper. Bruken av begrepet internasjonal miljørett innsnevrer folkeretten til et bestemt rettsområde i dette

² Birnie 2009: s.4

³ Nyland 2009: s.10

⁴ Nuclear Weapons saken 1997: s. 241-242 para. 29

⁵ Nyland 2009: s.10

⁶ Ibid. s.15

⁷ Verheyen 2005: s.12

⁸ Fleischer 1984: s.14

rettssystemet. Internasjonal miljørett er med andre ord spesiell folkerett som er «nothing more, or less than the application of international law to environmental problems».⁹

2 Utviklingen av internasjonal miljørett

2.1 Den historiske utviklingen av internasjonal miljørett

Disiplinen «internasjonal miljørett» er et ungt fagområde, først på 1960-tallet begynte man å sette fokus på miljøet. Blant årsakene til at miljø på et internasjonalt nivå ikke var i særlig fokus var at de konsekvenser som den industrielle utviklingen hadde for miljøet ikke var fullt ut kjent før etter 1960. Videre hadde statene et tradisjonelt syn på miljøspørsmål som var preget av stat-sentret tilnærming der miljøspørsmål ble ansett som et nasjonalt og eventuelt et bilateralt- og ikke et internasjonalt problem.¹⁰ To sentrale rettsavgjørelser satte imidlertid utgangspunktet for miljøet som et rettslig tema, Trail Smelter saken fra 1941 og Lake Lanoux fra 1951, begge avgjørelsene vil bli drøftet i denne avhandlingen.

I nyere tid har naturvitenskapen bidratt med kunnskap om ødeleggelser av miljøet som følge av menneskelige aktiviteter. Oljeproduksjon, bruk av transport midler, storindustrien og utslipp av drivhusgasser er blant årsakene til globale miljøproblemer som luft- og ferskvannsforurensing, globaloppvarming, nedbryting av ozonlaget og skade på det biologiske mangfoldet m.m.¹¹ Også konsekvensene av mulige klimaforandringer er nå vitenskapelig bevist og beskyttelse av klimaet er derfor svært viktig for å hindre og minske risikoen for klimaskader.

Den første internasjonale konferansen gjeldende miljøspørsmål ble avholdt i 1972 i Stockholm. Det viktigste resultatet fra konferansen var vedtagelsen av Stockholm deklarasjonen som hadde/har som mål å tilrettelegge for miljøtenkning og inspirere statene til å beskytte miljøet. Deklarasjonen består av 21 prinsipper som handler om alt

⁹ Birnie mfl. 2003: s.1

¹⁰ Cassese 2005: s.482

¹¹ Cassese 2005: s.485, Nyland 2009: s.95

fra retten til utvikling til miljøbeskyttelse. Deklarasjonens folkerettslige status vil bli redegjort i denne avhandlingen. Ved konferansen ble det også opprettet en organisasjon kalt UN Environment Programme (UNEP), ment å ivareta miljøet gjennom forskning og yte veiledning og rådgivning om miljøspørsmål.¹² Som en oppfølger til Stockholm konferansen ble det i 1992 avholdt en ny konferanse i regi av FN om miljø og utvikling i Rio de Janeiro. Dagsorden for konferansen var blant annet diskusjoner rundt alternative drivstoff til fossil brensel som man nå mente førte til klimaforandringer, videre hvordan man kan redusere utslipp fra transportmidler og hvordan hindre vannforurensning og vannmangel. Konferansen hadde tre viktige bidrag, for det første Rio deklarasjonen sml. Stockholm deklarasjonen og for det andre FNs rammeverk for klimaforandringer og konvensjonen om biologisk mangfold.¹³

I tiden fra Stockholm konferansen til Rio ble antallet multilaterale miljøavtaler mer en fordoblet. I denne perioden fant det sted en «grønn» revolusjon i folkeretten.¹⁴ I dag har internasjonal miljørett funnet sin plass i folkeretten. Den består av et stort antall traktater som regulerer de mangfoldige sidene av miljøproblematikken. I tillegg finnes det et ukjent antall dokumenter som først og fremst er i regi av FN men også NGOs har bidratt med viktige bidrag. Fellestrekket for traktatene og dokumentene er viktigheten av å beskytte miljøet som helhet.

Stopp i den positive utviklingen fant sted ved avholdelsen av København konferansen i 2009. Det var knyttet enorme forventninger til konferansen hvor klimaforandringer var på dagsorden. Forventningene ble fort snudd til skuffelse da partene ikke ble enige om noen forpliktende avtaler om reduksjon av drivhusgasser. Det er estimert at utslippet av CO₂ i atmosfæren vil øke med billioner av tonn før en eventuell avtale om reduksjon kommer på plass.¹⁵

¹² Birnie mfl. 2009: s.48-49

¹³ Ibid. s.50-52

¹⁴ Sand 2007: s.35 & s.37-39

¹⁵ FIELD, International climate change and the negotiation process 2010: s.1

Utviklingen av miljørettslige prinsipper er en del av utviklingen av internasjonal miljørett. Særlig er prinsippet om bærekraftig utvikling, føre- var prinsippet og prinsippet om felles men differensiert ansvar stor betydning og som vil bli fremhevet der det er relevant i denne avhandlingen. Suverenitetsprinsippet krever særlig redegjørelse.

2.2 Hvilken betydning har suverenitetsprinsippet for internasjonal miljørett?

Suverenitetsprinsippet er et sentralt begrep i internasjonal miljørett. Hva innebærer prinsippet? Begrepet dannet et utgangspunkt for staters frihet til å råde over sitt territorium der alle stater er suverene og underkastet «sin egen vilje». En viktig side ved prinsippet er at statene selv bestemmer om de vil inngå bindene internasjonale avtaler.

Spørsmålet blir så hvilken betydning prinsippet har for internasjonal miljørett?

Suverenitetsprinsippet tilsier at statene har suveren rett til å utnytte de naturressurser som finnes innen dets territorium og kontroll, såkalt territoriell suverenitet. Dette kommer også til uttrykk i henholdsvis Stockholm og Rio erklæringens prinsipp 21 og prinsipp 2:

“States have ... the sovereign right to exploit their own resources pursuant to their own environmental and developmental policies...”

Territoriell integritet er en viktig side ved suverenitet som innebærer at statene må respektere hverandres territorium.¹⁶ Dette innebærer at stater har en forpliktelse til og ikke å skade miljøet utenfor sin jurisdiksjon og kontroll.¹⁷ Denne forpliktelsen også omtalt som no-harm regelen utgjør en begrensning i staters suverenitet. Forpliktelsen til ikke å skade miljøet utenfor sitt territorium er sentral i denne avhandling og vil bli behandlet utførlig.

¹⁶ Bugge 2006: s.45-46

¹⁷ Sands 2003: s.241-242

2.3 Hva er rettskildene i internasjonal miljørett?

Som allerede sagt er internasjonal miljørett en del av folkeretten, dette medfører at rettskildene er de samme som i folkeretten generelt. Tradisjonelt har folkeretten operert med følgende rettskilder; traktater, sedvaneretten, generelle prinsipper av internasjonal rett, rettsavgjørelser og publikasjoner.¹⁸ Disse rettskildene er listet opp i ICJ statuetter artikkel 38 nr.1. Det spesielle med rettskildene i internasjonal miljørett er den eksplosive veksten av multilaterale traktater på en forholdsvis kort tid.

3 Due diligence i internasjonal miljørett

Due diligence som standard for miljøbeskyttelse er et relativt nytt fenomen innenfor internasjonal miljørett. Under dette kapitlet vil det omfattende innholdet av due diligence forsøkt klargjort og anvendt i praktiske eksempler. Kapitlet starter med en framstilling av begrepets opprinnelse, innhold og funksjon. På miljørettens område er det rettslige grunnlaget for due diligence standarden «no-harm» (ikke-skade) prinsippet. Prinsippet rettslige forankring vil således bli redegjort og drøftet.

Når grunnlaget er lagt vil due diligence standarden anvendes på tre konkrete eksempler fra den internasjonale miljørettens områder; due diligence som standard for miljøbeskyttelse ved; grenseoverskridende miljøskade, klimaet og internasjonale vassdrag. Både beskyttelse av klimaet og internasjonale vassdrag må anses for å være to spesielle områder innenfor den tradisjonelle doktrinen om forbudet mot grenseoverskridende miljøskade. Drøftelsen av klimaforandringer vil ta utgangspunkt i om stater plikter å hindre og minske risikoen for klimaskader som følge av klimaforandringer? Et underliggende spørsmål er når kan handlinger/unnlaterse begått av private aktører under en stats territorium og jurisdiksjon tilegnes staten?

¹⁸ Birnie mfl. 2009: s.14,15,22,28-29.

3.1 Due diligence- opprinnelse og innhold

Noen eksakt definisjon av due diligence er vanskelig å finne. Ved å se nærmere på dets opprinnelse og innhold vil man forhåpentligvis forstå hva det innebærer. Due diligence konseptet har sin opprinnelse i engelsk rett. Første gangen due diligence ble uttrykt var i 1872 i Alabama saken som i ettertid har blitt referert til i internasjonale domstoler.¹⁹ I denne saken beskyldte USA Storbritannia for å ha brutt nøytralitetsplikten i den amerikanske borgerkrigen. Her definerte retten *due diligence* som «a diligence proportioned to the magnitude of the subject to the dignity and strength of the power which is exercising it...».²⁰ Denne definisjonen legger grunnlaget for et av de viktigste sidene ved due diligence, nemlig dets fleksibilitet som standard. I miljørettslig sammenheng innebærer dette at due diligence må anvendes fleksibelt overfor land som anses å være underutviklet eller er i en utviklingsfase.²¹ Videre var retten uenig i Storbritannias påstand om at due diligence kun kan anvendes på et nasjonalt nivå og ikke uten videre i saker av internasjonal karakter. Retten betraktet due diligence til å omfatte en stats forpliktelse til å etterkomme sine internasjonale forpliktelser. Utgangspunktet for innholdet av denne plikten er hva en kan forvente av en ansvarlig stat under gitte forutsetninger for å minske og hindre skade.²²

Foruten å være en sentral konsept i finansverdenen er due diligence å finne på mange områder i internasjonal rett, eksempelvis plikten til maritim nøytralitet, beskyttelse av utenlandske statsborgere og i forhold til sikring av menneskerettigheter.²³ Fokuset vil følgelig legges på konseptets funksjon i internasjonal miljørett.

3.1.1 Hvordan kommer due diligence standarden til uttrykk på miljørettens område?

Due diligence er blant annet uttrykt i Havrettstraktatens artikkel 194 (1):

¹⁹ Verheyen 2005: s. 175

²⁰ McCaffrey 2007: s.437

²¹ Birnie mfl. 2009: s.148

²² Hanqin 2003: s.163

²³ Lefeber 1996: s.62

“States shall take...all measures...that are necessary to prevent, reduce and control pollution of the marine environment from any source, using for this purpose the best practicable means at their disposal and in accordance with their capabilities...” (mine understrekinger)

Under denne bestemmelsen forplikter statene å «take... alle measures» for hindre, minske og kontrollere forurensning. Tilsvarende uttrykksmåter finner vi i artikkel. 1 i London konvensjonen som sier at stater skal «... take all practical steps» for å hindre skade.²⁴ Enda et eksempel kan hentes fra Wien konvensjonen artikkel. 2 som forplikter statene til å ta «... all appropriate measure» for å beskytte ozonlaget. Denne ordbruken gir klare indikasjoner på at det er snakk om en due diligence forpliktelse.²⁵

Utgangspunktet for forståelsen av innholdet i due diligence er at det stilles krav til at staters opptreden (conduct) ikke er til skade for andre stater og miljøet.²⁶ Hva som er forsvarlig og fornuftig opptreden avhenger av hvilke virkemidler den aktuelle staten har tilgjengelig.²⁷ Et viktig spørsmål som melder seg er hvorvidt vurderingen av om en stat har gjort alt den kunne for og etterkomme due diligence plikten skal være subjektiv eller objektiv? Gode argumenter taler mot en subjektiv vurdering, poenget med plikter som due diligence utvannes hvis en stat selv bestemmer innholdet av standarden. Vurderingen av om en stat har handlet med due diligence må ta utgangspunkt i en objektiv standard basert på internasjonal forståelse.

Praktisk anvendt beskriver due diligence hva som kreves at en stat skal foreta seg for å hindre at private aktører og statlige organer innenfor sin jurisdiksjon og kontroll ikke skader rettighetene til andre stater.²⁸ Forpliktelsen setter en grense for hva den enkelte stat kan tillate seg og gjøre uten at det er til skade for miljøet eller andre stater.²⁹ Er det

²⁴ London konvensjonen er forkortelsen for «Konvensjon om bekjempelse av havforurensninger ved dumping av avfall og annet materiale fra skip og fly»

²⁵ Folkerettskommisjonens rapport (ILC) Dokument A/49/10: s.103. para. 6

²⁶ Folkerettskommisjonens rapport (ILC) Dokument A/56/10: s.155, para. 17

²⁷ Okowa 2009: s.79

²⁸ Lefeber 1996: s.62

²⁹ Folkerettskommisjonens rapport (ILC) Dokument A/49/10: 103 para. 4

mulig å spesifisere hvilke generelle tiltak en stat plikter å gjennomføre? I følge Birnie mfl. har konseptet to sider; for det første at statene vedtar lovgivning samt utvikler politisk og administrativt kontroll overfor private og offentlige aktører slik at risikoen for skade reduseres. For det andre har statene en aktivitetsplikt i forhold til utvikling av teknologi og håndheving.³⁰

Hva som anses for å være due diligence opptreden må vurderes med utgangspunkt i gjeldene forståelse, Folkerettskommisjonen (ILC) uttaler om dette:

“What would be considered a reasonable standard of care or due diligence may change with time... Hence, due diligence in ensuring safety requires a State to keep abreast of technological changes and scientific developments.”³¹

Følgende to momenter kan tolkes ut av nevnte sitat, for det første at rekkevidden av due diligence skifter med tiden, med andre ord så kan hva som er *diligent* opptreden forandre seg med tiden. Og for det andre at stater må holde følge med teknologiske forandringer og oppdatere seg på den vitenskapelige utviklingen. Å holde seg oppdatert på den vitenskapelige utviklingen har særlig betydning i klimasammenheng.

I vurderingen av om en stat har etterkommet en due diligence forpliktelse er det særlig tre faktorer som må vurderes; 1)staters muligheter for handling, 2)om skaden kunne forutses og 3)proporsjonalitet i valget av tiltak/virkemidler for å hindre skade eller minske risikoen for skade.³² Denne framgangsmåten benyttes særlig av forfattere som behandler due diligence som standard for beskyttelse av klimaet.

Hva angår muligheter for handling (opportunity to Act) har en stat misligholdt due diligence plikten dersom den ikke hindrer skade når den ellers kunne ha gjort det.³³ Spørsmålet blir så om den staten som har forårsaket skade kunne ha forutsett den skade som har oppstått? Denne faktoren er veldig diskutert grunnet dets vage innhold, dette

³⁰ Birnie mfl. 2009: s. 148, McIntyre 2007: s.209

³¹ Folkerettskommisjonens rapport (ILC) Dokument A/56/10: s.154 para. 11

³² Voigt 2008: s.10, Verheyen 2005: s.176-177

³³ Verheyen 2005: s.177-178

gjelder særlig i forhold til klimaskader som følge av klimaforandringer. I følge Verheyen krever ikke internasjonal rett at en stat skal ha positiv kunnskap om det forutse skade i gitte situasjoner da dette vil bli vanskelig å bevise. Rettsspørsmålet man må stille seg er om de skadevoldende konsekvenser av en stats handling/unnlatelse kunne forutses og om dette medfører internasjonal statsansvar.³⁴

Dersom man forutsetter at en stat hadde mulighet for å hindre/minske skade og forutsett at skade kunne oppstått som følge av aktiviteten blir spørsmålet hvilket tiltak den skadevoldende staten forpliktet til å gjøre for å hindre/minsket skade. Utgangspunktet for valg av tiltak avhenger av den enkelte sak. De tiltak det kan være snakk om kan være administrative, juridiske eller praktiske.

3.1.2 I hvilken grad påvirker de miljørettslige prinsippene due diligence standarden?

Et særlig og interessant spørsmål må stilles, nemlig i hvilken grad påvirker de miljørettslige prinsippene innholdet og rekkevidden av due diligence standarden? I litteraturen er dette spørsmålet lite omtalt.

Når det gjelder føre-var prinsippet som i seg selv er vagt og til dels tvetydig vil den kunne være en sentral del av en due diligence forpliktelse.³⁵ Prinsippet kommer til uttrykk gjennom Rio erklæringens prinsipp 15:

“In order to protect the environment, the precautionary approach shall be widely applied by States according to their capabilities...”

Prinsippet underbygger behovet for at staters opptreden skal ivareta miljøet som generelt men spesielt hindre at andre stater blir skadelidende av handlinger begått på dets territorium og jurisdiksjon. “*Capabilities*” er her forstått som den enkelte stats muligheter til handling på bakgrunn av dets forutsetninger. Prinsippet har særlig relevans ved beskyttelse av klimaet som jo kjennetegnes av at skadevirkningene først finner sted i fremtiden. Da er staters opptreden i nåtid viktig for hvor stort omfanget av

³⁴ Ibid.s.178

³⁵ Okowa 2009: s.84

skadene kan komme til å bli. Prinsippet gir også grunnlag for en ønsket atferd selv om de vitenskapelige bevis ikke er krystallklare. Dersom vitenskapelige bevis viser eller indikerer at miljøet står overfor en trussel skal den enkelte stat handle.³⁶ Jo sterkere bevis man har i hende jo større krav stilles det til handling.

Et annet prinsipp som kan vurderes i due diligence forpliktelsen er prinsippet om bærekraftig utvikling. Prinsippet innebærer en utvikling som tilfredsstiller dagens behov uten at dette ødelegger for fremtidige generasjoner.³⁷ Beskyttelse av miljøet skal være sentral del av en stats lovgivning og politikk, den skal med andre ord gi føringer på staters opptreden.³⁸ Et tredje prinsipp er prinsippet om felles men differensiert ansvar (Common but differentiated responsibilities) er uttrykt i Rio erklæringens prinsipp 7:

“...In view of the different contributions to global environmental degradation, States have common but differentiated responsibilities...”

Selve fleksibiliteten til å anvende due diligence standarden er knyttet til prinsippet om felles men differensiert ansvar. Staters opptrend vurderes utfra dets tilgjengelighet til tiltak og teknologiske utvikling.

3.1.3 Er due diligence en forpliktelse knyttet til opptreden (conduct) eller resultat (result)?

Overfor har jeg generelt uttrykt due diligence som en forpliktelse knyttet til en stats opptreden snarere enn til resultat. Skillet mellom opptreden og resultat forklarer Lefeber på denne måten:

«The essential distinction is that obligations of conduct require a state to adopt a particular course of conduct, whereas obligations of result leave states free to select the means of their own choice to achieve the result desired»³⁹

³⁶ Beyerlin 2007: s.441

³⁷ World Commission on Environment and Development, Our Common Future 1987: kapittel 3, avsnitt.27

³⁸ Okowa 2009: s.83-84

³⁹ Ibid.s.74

Bakgrunnen for disse typer forpliktelser som forøvrig også er nedfelt i ILC Draft Articles on state Responsibility artikkel 20 og 21 er at det skal gjøre det lettere å bestemme arten av eventuelle brudd.⁴⁰ Due diligence er en forpliktelse knyttet til en stats opptreden og ikke resultat.⁴¹ ILC Draft Articles on state Responsibility (DASR) artikkel 20 slår fast at det er:

“... a breach by a State of an international obligation requiring it to adopt a particular course of conduct when the conduct of that State is not in conformity with that required of it by that obligation.”

3.1.4 Det rettslige grunnlaget for Due diligence; no-harm prinsippet

Innenfor internasjonal miljørett skiller man mellom «primære»- og «sekundære» regler. Formålet med de primære reglene er å påvirke staters opptreden for å hindre at det oppstår skade på miljøet. Mens de sekundære reglene omhandler konsekvenser av at de primære reglene ikke har blitt etterlevd, altså krenkelse av forpliktelser.⁴² No-harm regelen hører under de primære reglene hvor en stat kan bli stilt til ansvar dersom regelen krenkes. Under dette delkapitlet vil spørsmålet om no-harm prinsippets innhold og rettslige forankring redegjøres og dets funksjon som en forpliktelse og folkerettslige status drøftet.

Som sagt er det vanskelig å definere due diligence doktrinen, i litteraturen er due diligence standardens rekkevidde forsøkt klargjort med henvisning til no-harm prinsippet/regelen (*sic utere Tuo ut alienum non laedas*).⁴³ Prinsippet fungerer som det rettslige grunnlaget for anvendelsen av due diligence. På den andre siden er anvendelsen av no-harm regelen knyttet til nettopp kravet til due diligence opptreden.⁴⁴ Har statens opptreden vært i henhold til due diligence plikten er det vanskelig å tilegne eventuelle miljøskader til staten og derav krenkelse av no-harm regelen. Om due diligence som standard for en stats opptreden og forbindelsen til no-harm regelen

⁴⁰ Ibid.s.74

⁴¹ Hanqin 2003: s.163

⁴² Verheyen 2005: s.3

⁴³ “One should use her own property in such a manner as not to injure that of another “

⁴⁴ FIELD, International climate change and the negotiation process 2010: s.10

uttrykker McIntyre at: «In practical terms, the requirement that States exercise due diligence in relation to activities which might cause significant harm to areas beyond their national jurisdiction is central to implementation of the no-harm rule.»⁴⁵

No-harm prinsippet tar utgangspunkt i territoriell integritet, hvor statene har en forpliktelse til og ikke skade miljøet utenfor sitt territorium og jurisdiksjon. Hva angår den rettslige forankringen er no-harm regelen slått fast i Stockholm erklæringens prinsipp 21, se også Rio-erklæringens prinsipp 2:

States have, in accordance with the Charter of the United Nations and the principles of international law ... the responsibility to ensure that activities within their jurisdiction or control do not cause damage to the environment of other States or of areas beyond the limits of national jurisdiction.

Både Stockholm-erklæringen og Rio-erklæringen er «soft law» slik at de ikke er folkerettslig bindende. Dog vil erklæringene styrke tanken om no-harm regelen som sedvanerett. Særlig en rettsavgjørelse kan sies å ha lagt grunnlaget for no-harm regelen, nemlig Trail Smelter saken fra 1941. Saken gjaldt et smelteverk som befant seg under Canadisk territorium og jurisdiksjon, fabrikken var en av datidens største bly og sink verker. Smelteverket medførte store utslipp av ulike typer helsefarlige og miljøskadelige substanser. Blant annet forårsaket utslipp av store mengder svovel store skader på vegetasjonen og dyrkningsområder. Det som begynte som et lokalt problem utviklet seg over tid til og også ramme bønder på den amerikanske siden av grensen.⁴⁶ Den internasjonale voldgiftsdomstolen konkluderte på følgende måte:

*The Tribunal finds that ... under the principles of international law, ... no State has the right to use or permit the use of its territory in such a manner as to cause injury by fumes in or to the territory of another or the properties or persons therein, when the case is of serious consequence and the injury is established by clear and convincing evidence.*⁴⁷

⁴⁵ McIntyre 2007: s.209

⁴⁶ Stephens 2009: s.125-127.

⁴⁷ United Nation; Reports Of International Arbitral Award, Trail smelter case

Den skade det var snakk om i saken var først og fremst i form av forurensning, i dag tolker man dog det gjengitte sitatet generelt ved at gjelder skade på miljøet som helhet.⁴⁸ Voldgiftsdomstolen uttalte videre at:

A State owes at all times a duty to protect other States against injurious acts by individuals from within its jurisdiction."

Domstolen konkluderte med at Canada hadde feilet å stoppe utslippene ved og ikke regulere den private aktøren som drev fabrikken. Det hadde funnet sted en unnlatelse fra Canadas side når den ikke brukte «... sin suverene bestemmelsesmyndighet over de de juridiske personer som er hjemmehørende på deres territorier».⁴⁹

Prinsipp 21 i Stockholm erklæringen underbygger på mange måter no-harm regelens generelle karakter. Regelen kommer også til uttrykk i Havrettskonvensjonen artikkel. 194 (2), konvensjonen om internasjonale elver artikkel. 7 og konvensjonen om biologisk mangfold artikkel. 3. Også senere rettspraksis tyder på en styrking av no-harm regelen. I Corfu Channal saken uttaler den internasjonale domstolen at det er:

*"...every State's obligation not to allow knowingly its territory to be used for acts contrary to the rights of other States."*⁵⁰

Selv om Corfu Channel saken ikke direkte omhandler miljøspørsmål kan man trekke analogi til det voldgiftsdomstolen i Trail Smelter saken uttalte. I begge tilfeller er det påkrevd av staten at dens opptreden på eget territorium ikke er til skade overfor andre stater. Videre at staten utøver kontroll overfor private aktører under sin jurisdiksjon slik at deres handlinger/unnlaterelser ikke er tilskade utenfor den aktuelle stats territorium. I Nuclear Weapons saken fastslår den internasjonale domstolen enda en gang no-harm regelen.

The existence of the general obligation of States to ensure that activities within their jurisdiction and control respect the environment of other States or of areas

⁴⁸ Verheyen 2005: s. 149, Birnie mfl. 2009: s.145

⁴⁹ Nyland 2009: s.277

⁵⁰ Corfu Channel saken 1949: s. 22

*beyond national control is now part of the corpus of international law relating to the environment.*⁵¹

Selv om avgjørelsen er en rådgivende uttalelse og formelt ikke bindende er det verdt å gjøre oppmerksom på den delen av sitatet hvor domstolen uttrykker at no-harm regelen er nå en sentral del av den internasjonale miljøretten. Den rettsavgjørelsen som definitivt omhandler miljøspørsmål direkte er Gabčíkova-Nagymaros saken. Kort gjengitt var faktum i saken følgende: Ungarn påstod at Slovakia hadde handlet i strid med en traktat fra 1977 om bygging av hydroelektriske dammer, blant annet ved ikke å ta i betraktning de miljømessige konsekvenser av byggingen.⁵² Domstolen bekreftet det som ble uttalt av retten i Nuclear Weapons saken ved å gjengi den siterte teksten.⁵³

I en nyere avgjørelse fra den internasjonale domstolen, nemlig Pulp Mills saken bekrefter den internasjonale domstolen nok engang no-harm regelen:

*“A State is...obliged to...avoid activities which take place in its territory, or in any area under its jurisdiction, causing significant damage to the environment of another State.”*⁵⁴

Har no-harm regelen status som sedvanerett? For at en regel kan oppnå status som sedvanerett er det for det første krav til “general practice”, statspraksis og for det andre at denne statspraksisen oppfattes som gjeldene rett- opinio juris, se ICJ statuttens artikkel. 38 (1) (b).⁵⁵ Redegjørelsen ovenfor gir klare indikasjoner på at no-harm regelen har nådd status som sedvanerett. Rettspraksisen har vokst fram gradvis hvor rettsavgjørelsene fra Trail Smelter saken til Pulp Mills saken viser regelens viktige betydning i saker som omhandler skade på miljøet. Ved både Gabčíkovo-Nagymaros og Nuclear Weapons saken er det gjort utvilsomt at no-harm regelen har utviklet seg til å være en del av internasjonal miljørettslig sedvanerett. Regelen er også å finne i en rekke konvensjoner som omhandler ulike sider ved miljøet. Videre var det 113 land

⁵¹ Nuclear Weapons, Advisory Opinion saken 1996: s.242 para.29

⁵² Birnie mfl. 2009: s.139

⁵³ Gabčíkovo-Nagymaros saken 1997: s.41, para.53

⁵⁴ Pulp Mills saken 2010: s.38 para.101

⁵⁵ Ruud & Ulfstein 2006: s.76

som deltok i Stockholm konferansen i 1972 og 172 land deltok i Rio konferansen i 1992. Ved begge konferansene er det snakk om en stor andel av verdens stater og prinsipp 21 og prinsipp 2 uttrykker således statenes mening. Blant landene som stilte seg bak innholdet i artikkel.21 var USA, som uttalte at artikkel. 21 bekreftet allerede eksisterende regler.⁵⁶

Med dette sagt finnes det også motforestillinger til at regelen skal anses som sedvanerett. For det første går argumentasjonen utpå at det ikke eksisterer tilstrekkelig med rettsavgjørelser fra internasjonale domstoler og betegner således regelen som en abstraksjon og et tomt konsept.⁵⁷ For det andre er kritikken rettet mot regelens rekkevidde og tvetydighet. Hva menes med skade (harm)? Hvor går grensen for hva som kan aksepteres som skade? Er det noen bestemte typer aktiviteter som anses ulovlige eller er opphav til skaden irrelevant?⁵⁸ Til tross for denne kritikken er de fleste forfattere innenfor fagfeltet internasjonal rett i dag enige om at no-harm regelen eksisterer og at den har status som sedvanerett. Dette gjelder særlig dersom man snakker om en kvalifisert form for skade (se nedenfor).⁵⁹ Som forpliktelse innebærer regelen et forbud mot å opptre på en slik måte at er til skade for andre stater samt en forpliktelse til å hindre eller minske skade. No-harm regelen er således en due diligence forpliktelse.⁶⁰

I forhold til klimaet handler det om å minimere risikoen for de klimaskadelige følgene av klimaforandringer så langt som mulig.⁶¹ Det er ikke mulig å reversere konsentrasjonen av drivhusgasser i atmosfæren. Stater må derfor utfra det vitenskapelige grunnlaget opptre på en slik måte at utslipp av drivhusgasser reduseres slik at følgene av klimaforandringer ikke blir verre enn hvis handling unnlates.

⁵⁶ Birnie mfl. 2009: s.145

⁵⁷ Verheyen 2005 s.153

⁵⁸ Voigt 2008: s.8

⁵⁹ Ruud & Ulfstein 2006: s.284-285

⁶⁰ Lefeber 1996: s.64

⁶¹ Verheyen 2005: s.159

3.1.4.1 Når er det tale om «skade» («harm»)?

Som sagt er noe av kritikken mot å anse no-harm regelen for sedvanerett dens tvetydighet. Dette gjelder særlig spørsmålene om hva som anses som «skade» og hvor grensen får å si at «skade» har funnet sted settes. I relasjon til no-harm regelen finner man ingen klare definisjoner av ordet «skade» (harm). En generell definisjon av skade finnes i Draft Articles on Prevention of Transboundary Harm from Hazardous Activities som i artikkel 2(bokstav b) uttaler at:

“harm” means harm caused to persons, property or the environment”.

Ofte vil det avhenge av den konkrete saken hva som skal anses som “skade”. Noen generelle eksempler på hva miljøskade kan føre til er vann og luft forurensning, eiendomsskader, skade som fører til helse problemer og skade på det biologiske mangfoldet.⁶² Det går også et skille mellom direkte og indirekte skade. Førstnevnte referer til staten og dens organer som skadelidende mens indirekte innebærer at det er private aktører som er skadelidende.⁶³ Vi må også skille mellom økonomiske, fysiske, materielle og immaterielle skader.

Når det gjelder den andre delen av det stilte spørsmålet husker vi at voldgiftsdomstolen i Trail Smelter saken refererte til “serious consequences”. Her er det altså snakk om skade med betydelige konsekvenser. Dommen må tolkes i lys av at den er fra 1940-tallet da suverenitetsprinsippet var rådende for staters opptreden og bevisstheten rundt miljøskader veldig lav i forhold til i dag. Derfor kan man hevde at det stilles lavere terskel for skade i dag.⁶⁴ I nyere tid er det mer vanlig å snakke om “signifikant” skade, denne betegnelsen finnes i mange miljørettslige konvensjoner. I disse konvensjonene knyttes grensen for signifikant skade til det aktuelle miljøområde.⁶⁵ For eksempel kan kravet til signifikant skade være lavere når man snakker om forurensning av internasjonale elver enn ved grenseoverskridende luftforurensning. Oppsummert tyder språkbruken på at det må være snakk om skade av en viss størrelse.

⁶² McCaffrey 2007 s.409

⁶³ Lefeber 1996: s.82

⁶⁴ Okowa 2009: s.89

⁶⁵ Lefeber 1996: s.81

3.1.4.2 Særlig om verdsetting av miljøskader

Et særlig spørsmål knyttes til evaluering og verdsetting av miljøskader. Det er ingen enkel sak å verdsette miljøskader, her gis det en framstilling av gjeldene teorier om verdsetting av miljøskader.

I utgangspunktet så anser økonomer miljøet som verdifull i to hensender, for det første miljøets direkte nytte for den enkelte menneske og for det andre miljøets påvirkning på produksjon.⁶⁶ At miljøet kommer den enkelte menneske til nytte kan komme til uttrykk gjennom en rekke goder. Disse godene kjennetegnes ved at de kan skaffes på det tradisjonelle handelsmarked. Utfordringen er at vi ikke kan måle nytte i seg selv, hvor mye går for eksempel befolknings nytte av miljøet ned dersom luft kvaliteten synker? To sentrale konsepter hentet fra økonomien kan løse denne utfordringen. Den første er “maximum willingness to Pay” (WTP), den andre er “minimum willingness to Accept Compensation” (WTAP). I forhold til miljøkvalitet bestemmes verdien ved å spørre hvor mye folk er villig til å ofre enten for å ha det eller for ikke miste det.⁶⁷ Mens det i forhold til miljøskade vil anvendelse av WTP innebære hvor mye samfunnet er villig til å betale for å hindre det.

Når det gjelder miljøets påvirkning på produksjon siktes det til de områder hvor miljøet er en direkte del av produksjonsprosesser. Eksempelvis er produksjon av avlinger direkte avhengige av miljøet gjennom tilgang til nedbør, de riktige temperaturer og god jordfruktbarhet. Dersom det forekommer endringer i forhold til dette vil det være med å bestemme den endelige markedsprisen på varen. Den økonomiske verdien av disse endringene bestemmes da med henvisning til påvirkning av den fremtidige profitten.⁶⁸

Ved visse miljøskader kan ikke markedsverdi danne grunnlag for eventuell verdsetting. Dette gjelder for eksempel skade på dyre- og planteverdenen, rene strender, frisk luft og forurensningsfrie elver. Dette er de såkalte non-market goods. Hvordan skal slike skader evalueres? Økonomer har i forhold til dette fremsatt en teori om at man

⁶⁶ Hanley 2002: s. 27

⁶⁷ Ibid. s.28

⁶⁸ Ibid. s.29

gjennomfører spørreundersøkelse om folkets maximum villighet til å betale eller minimum villighet til å akseptere kompensasjon. For eksempel kan man tenke seg at det har funnet sted olje utslipp langs kysten. Her foretar man en spørreundersøkelse blant noen tilfeldigutvalgte mennesker som er påvirket av utslippet med spørsmål om deres maximum villighet til å betale for å unngå at en slik miljøskade finner sted i fremtiden.⁶⁹

3.2 Forbudet mot grenseoverskridende miljøskade

Det første praktiske eksemplet i relasjon til due diligence standarden er forbudet mot grenseoverskridende miljøskade. I dette kapitlet forsøkes følgende rettsspørsmål besvart; Hvilke krav stilles det til en stat for å sikre at aktiviteter utført under dets jurisdiksjon og kontroll ikke skaper grenseoverskridende miljøskade?

3.2.1 Hva er grenseoverskridende miljøskade?

Miljøskade over landegrensene er et økende miljøproblem, fordi slike skader ikke stopper ved landegrensene er mange land både kilder og mottagere for grenseoverskridende miljøskader. Forurensning av vann og luft er av de vanligste formene for miljøskade på tvers av landegrensene. I løpet av de siste tretti årene har grenseoverskridende miljøskade forårsaket komplekse problemstillinger både politisk i forhold til de berørte landene, vitenskapelig i forhold til atmosfæriske prosesser og endelig juridisk i forhold til ansvar. Forbudet mot å forårsake grenseoverskridende miljøskade utgjør en begrensning i staters suverenitet i forhold til utnyttelse av miljøet.

I forbindelse med grenseoverskridende miljøskade syns det naturlig å definere begrepet «grenseoverskridende». Termen «grenseoverskridende» er knyttet til forståelsen av jurisdiksjon og kontroll. “Grenseoverskridende” miljøskade er:

⁶⁹ Ibid. s.30

“... harm caused in the territory of or in other places under the jurisdiction or control of a State other than the State of origin, whether or not the States concerned share a common border;”.⁷⁰

Skaden må altså ha skjedd under en annen stats jurisdiksjon og kontroll enn der årsaken til skaden er. Skade i stat A må være forårsaket av handling/unnlattelse i stat B for å kunne gis det “overskridende” karakter. Svakheten ved en slik definisjon er at forurensning som stammer fra skip, fly eller personer som oppholder seg i et internasjonalt område faller utenfor. I disse tilfellene vil eventuelle tvister løses på grunnlag av jurisdiksjon knyttet til nasjonalitet.⁷¹ Hva så med områder utenfor staters jurisdiksjon og kontroll? Spørsmålet sikter til atmosfæren som vil bli behandlet i kapittel 3.4.

3.2.2 Due diligence pliktenes funksjon ved grenseoverskridende miljøskade

Under dette kapitlet vil due diligence som standard for beskyttelse av miljøet ved grenseoverskridende aktiviteter drøftes.

I det videre skilles det mellom planleggings- og den operasjonelle delen av en aktivitet. På planleggingsfasen for den ønskede aktivitet er det viktig at staten vurderer mulige grenseoverskridende effekter av aktiviteten. For å hindre, kontrollere og minske risikoen for grenseoverskridende miljøskade er prosessuelle plikter som gjennomføring av Environmental Impact Assessment (EIA), varsling av aktiviteten til mulig berørte stater samt utveksling av informasjon med forhandlinger om nødvendig svært sentralt i planleggingsfasen. Disse prosessuelle pliktene er antatt å være «soft law», det vil si at de i utgangspunktet ikke er folkerettslig bindende overfor stater. Hva er så rollen til slike prosessuelle regler? For det første gir de føringer for en ønsket atferd fra stater, for det andre danner de utgangspunkt for vurdering av om en stat har opptrådt på et ønsket måte og endelig bidrar de til å bestemme rekkevidden av innholdet i due diligence

⁷⁰ ILC Draft Articles on Prevention of Transboundary Harm from Hazardous Activities 2001: Artikkel 2 (bokstav c)

standarden. Hvorvidt en stat har handlet i tråd med disse pliktene kan derfor være avgjørende for om en stat har opptrådt i henhold til due diligence plikten.⁷² Som selvstendige plikter har de en heller svak stilling, men dersom flere av dem kan bevises krenket vil man kunne si at due diligence opptreden ikke har funnet sted.⁷³ De miljørettslige prinsippene vil også være relevante i forhold til en stats opptreden gjennom hele prosessen.

Utarbeidelse av EIA kan bidra til å kaste lys over mulige grenseoverskridende miljøskader som følge av aktiviteten. En EIA kan klargjøre spørsmål om skaden kunne forutses, hvilket tiltak som må gjøres og endelig om en stat har gjort så godt den kunne for å hindre, kontrollere og minske risikoen for grenseoverskridende miljøskade. Plikten til utarbeidelse av EIA er å finne i en rekke konvensjoner som angår miljøet direkte.⁷⁴ I følge FNs Utviklingsprogram (UNEP) betyr EIA “An examination, analysis, and assessment of planned activities with a view to ensuring environmentally sound and sustainable development. Mens Konvensjonen om EIA i grenseoverskridende kontekst artikkel. 1 punkt 6 definerer EIA som “...a national procedure for evaluating the likely impact of a proposed activity on the environment...”. Samme konvensjon uttaler at påvirkning (impact) kan bestå i:

“...any effect caused by a proposed activity on the environment including human health and safety, flora, fauna, soil, air, water, climate, landscape...”

I Pulp Mills saken ble formålet med en EIA utredet på følgende måte:

“...for the purposes of protecting and preserving the ...environment with respect to activities which may be liable to cause transboundary harm, carry out an environmental impact assessment.”⁷⁵

En EIA vil altså i mange tilfeller klargjøre alle mulige konsekvenser av en aktivitet både for den staten hvor aktiviteten finner sted samt utenfor dets jurisdiksjon og

⁷² Lefeber 1996: s.66

⁷³ Ibid.s.66, Okowa 2009: s.91

⁷⁴ Convention on Nuclear Safety (1994) artikkel.17, Convention on Biological Diversity(1992) artikkel. 14(1)a), UN/ECE Convention on EIA (1991), Convention on Law of the Sea (art.206) osv.

⁷⁵ Pulp Mills saken 2010: s.60, para.204

kontroll.⁷⁶ At EIA er en prosessuell del av due diligence plikten kommer til uttrykk i artikkel 2 (1) som sier “(states shall)...take all appropriate and effective measures to prevent, reduce and control significant adverse transboundary environmental impact from proposed activities.” Hvor detaljert og omfattende EIA skal være er blant annet avhengig av den aktuelle stats teknologiske forutsetninger.⁷⁷ Dog kan en stat ikke unnskylde seg med at den ikke hadde forutsetninger for å gjennomføre EIA i ettertid. Staten må gjøre rede for mulige konsekvenser av dens aktivitet på andre stater utfra de forutsetninger den har eller søke assistanse.

Når det gjelder den folkerettslige statusen til EIA har den internasjonale domstolen i Pulp Mills avgjørelsen langt på vei bekreftet at EIA er en grunnleggende plikt for stater. Domstolen uttaler om dette at:

*“...a requirement under general international law to undertake an environmental impact assessment where there is a risk that the proposed ...activity may have a significant adverse impact in a transboundary context.”*⁷⁸

Domstolen gjør det også klart at utarbeidelse av EIA skal gjøres på planleggingsfasen:

*“...an environmental impact assessment must be conducted prior to the implementation of a project.”*⁷⁹

Hva så med rettsvirkningene av at en stat ikke har utarbeidet en EIA? Avgjørelsen fra Pulp Mills saken viser at EIA er en allmennplikt som stater skal utarbeide i forkant av planlagte aktiviteter. Dersom en stat faktisk ikke har utarbeidet EIA vil den kunne ha forklaringsvanskeligheter i forhold til de berørte stater.⁸⁰ Det vil bli vanskelig for opprinnelsesstaten å bevise at den har handlet i henhold til due diligence. I Nuclear Test saken fra 1995 hadde Frankrike ikke utarbeidet en EIA. Motpart New Zealand fremmet da påstand om at Frankrike ikke hadde noen rett til å påstå at den hadde handlet i

⁷⁶ Okowa 2009: s.132

⁷⁷ Lefeber 1996: s.37

⁷⁸ Pulp Mills saken 2010:s.60, para.204

⁷⁹ Ibid.s.60. para.205

⁸⁰ Ibid.s.97

henhold til due diligence plikten.⁸¹ Også i Pulp Mills saken legger domstolen til grunn at EIA er en nødvendighet for due diligence plikten.⁸² Hvis det i ettertid blir kjent at man gjennom EIA kom fram til at grenseoverskridende miljøskade kunne oppstå er den skadeforvoldende stat avhengig av at den hadde innhentet eller får samtykke av den skadelidende stat.⁸³ I arbeidet med EIA kan det derfor være nødvendig at det er en form for informasjonsutveksling mellom de berørte statene.

Når en stat så kommer til den operasjonelle delen av aktiviteten skal det være klart hvilke tiltak staten må gjøre for å kontrollere, hindre eller minske miljøskade. Utgangspunktet for statens opptreden og de tiltak som må gjennomføres er i stor grad avhengig av den ønskede aktivitets karakter. Som påpekt tidligere er det bred enighet i litteraturen om at valget av tiltak avhenger av kapasiteten og de midler aktivitetsstaten har tilgjengelig.⁸⁴ Videre skal det på denne fasen være klart hvorvidt det er nødvendig med miljørettslig regulering som inneholder regler om tillatelser, overvåking og hjemmel for etterforskning.⁸⁵ Det er videre ønskelig at aktivitetsstaten forsetter å gi informasjon til andre berørte stater etter at aktiviteten er påbegynt.⁸⁶

Ved mange aktiviteter vil det innebære en viss risiko for at miljøskade kan oppstå. I slike tilfeller er det viktig at stater gjennomfører sikkerhetstiltak for å minske denne risikoen. Dette kan bestå i kvalifisert personell, nødplaner og varslingssystemer. Kvaliteten på dette arbeidet må ta utgangspunkt i den enkelte stats forutsetninger. I arbeidet for å minske risikoen så langt som mulig vil føre- var prinsippet gjøre seg gjeldene ved at eventuelle tvil om risiko kommer miljøet til gode. Dersom det er 50 % sannsynlighet for at skade kan oppstå skal føre- var prinsippet legges til grunn og således respekteres.⁸⁷

⁸¹ Okowa 2009: s.133

⁸² Pulp Mills saken 2010: s.60, para.204

⁸³ Lefeber 2006: s.38

⁸⁴ Okowa 2009: s.81

⁸⁵ Ibid.s.43

⁸⁶ Lefeber 1996: s.42

⁸⁷ Nyland 2008: s.336

Som en oppsummering av hva en stat plikter å gjøre for å hindre, kontrollere og minske risikoen for grenseoverskridende miljøskade vises det til Folkerettskommisjonens (ILC) kommentarer om forståelsen av due diligence, hvor den uttaler at:

*“...due diligence is manifested in reasonable efforts by a State to inform itself of factual and legal components that relate foreseeably to a contemplated procedure and to take appropriate measures, in timely fashion, to address them. Thus, States are under an obligation to take unilateral measures to prevent significant transboundary harm or at any event to minimize the risk thereof arising out of activities... Such measures include, first, formulating policies designed to prevent significant transboundary harm or to minimize the risk thereof and, secondly, implementing those policies. Such policies are expressed in legislation and administrative regulations and implemented through various enforcement mechanisms.”*⁸⁸

Det refererte avsnittet gir en mer eller mindre utfyllende svar på hva som kreves i forhold til å etterkomme due diligence plikten.

I det videre vil spørsmålet om grensen for hva som er «skade» drøftes (se også 3.1.2.1). En eller annen form for skade på miljøet vil alltid finne sted, dette som følge av aktiviteter som er helt essensielle for den moderne levemåten. Eksempler på slike aktiviteter er vanlig industri, transportvirksomhet og husoppvarming. Det må derfor være en balanse mellom miljøbeskyttelse og det moderne samfunnets essensielle behov.⁸⁹ Statspraksis, rettspraksis og rettsteori angående grenseoverskridende miljøskade legger til grunn at ikke all skade er forbudt. I følge Okowa og andre forfattere må skaden kunne karakterisere som «...serious, appreciable, considerable, significant or...substantial».⁹⁰ Særlig er ordene «significant» og «substantial» vanlige i traktater og dokumenter som har miljøbeskyttelse som formål.⁹¹ Det presise innholdet i disse ordene er vanskelig å angi, sikkert er det at skaden må være av et visst omfang.

⁸⁸ Folkerettskommisjonens rapport (ILC) Dokument A/56/10: s.154 para. 10

⁸⁹ Okowa 2009: s.10

⁹⁰ Ibid. s.89, Handel 2007: s.535

⁹¹ Okowa 2009: s.89

Hvorvidt en skade kan karakteriseres som «serious», «considerable» eller «signifacant» avhenger av en objektiv vurdering av faktum.⁹² Det er effektene av aktiviteten på berørte stater som må vurderes, herunder:

“Human health, industry, property, environment or agriculture in other States. Such detrimental effects must be susceptible of being measured by factual and objective standards.”⁹³

I følge Folkerettskommisjonenes kommentarer rekker ikke due diligence plikten så langt til å kreve at en stat garanterer at skade ikke finner sted:

“The duty of due diligence involved...is not intended to guarantee that significant harm be totally prevented, if it is not possible to do so...the State of origin is required...to exert its best possible efforts to minimize the risk...it does not guarantee that the harm would not occur.”⁹⁴

Dette innebærer for eksempel at stater må tåle en viss grad av luftforurensning dersom opprinnelsesstaten har opptrådt i tråd med due diligence plikten.

3.3 Beskyttelse av internasjonale vassdrag

Vann er selve grunnlaget for alt liv som eksisterer på jorden. De fleste levende arter består et sted mellom 60-80 % av vann og rundt 70 % av jordas overflate er dekket av hav. Daglig anvender vi vann til alt fra drikking, vasking, matlaging, bading, dyrking, strømproduksjon og i industrien.⁹⁵ Det sier seg selv at vann er en naturressurs som vi mennesker ikke kan klare oss uten. Selv om mengden vann som finnes på jorden ikke minker eller øker noe særlig med tiden er det i dag knyttet store utfordringer til tilgang til fersk/rent vann. Etterspørselen av ferskvann har økt i takt med befolkningsøkning, urbanisering, ineffektiv overforbruk og vannforurensning som gjør at vannkvaliteten blir udrikkelig.⁹⁶

⁹² Handel 2007: s.535

⁹³ Folkerettskommisjonens rapport (ILC) Dokument A/56/10: s.152 para. 4

⁹⁴ Ibid. s.154, para. 7

⁹⁵ McCaffery 2007: s.3-4

⁹⁶ Ibid.s.5

Beskyttelse av internasjonale vassdrag (International Watercourses) er tett beslektet med forbudet mot grenseoverskridende miljøskade. Dog er det klare forskjeller i utformingen av og rekkevidden av no-harm regelen som en due diligence forpliktelse. Under dette kapitlet vil beskyttelse av internasjonale vassdrag utredes og drøftes i lys av due diligence standarden. Kapitlet starter med en generell framstilling bestående av definisjoner og særtrekk ved retten som regulerer internasjonale vassdrag, også kalt vannretten. Så vil det i likhet med forbudet mot grenseoverskridende miljøskade drøftes hvorvidt due diligence er egnet som standard for beskyttelse av internasjonale vassdrag.

Hva menes med vassdrag? Det engelske ordet «watercourse» er definert i artikkel 2 (a) i Convention on the Law of the Non-navigational Uses of International Watercourses fra 1997(UN WC konvensjonen).⁹⁷

“Watercourse” means a system of surface waters and groundwaters constituting by virtue of their physical relationship a unitary whole and normally flowing into a common terminus”

Den norske oversettelsen “vassdrag” defineres på følgende måte:

“... ferskvannets løp i bekker og elver og gjennom innsjøer, fra de øverste kilder til utløpet i havet... også å regne bredekkede områder av nedbørfeltet med til vassdraget ettersom de bidrar direkte til vannføringen.”⁹⁸

Begge definisjonene er mer eller mindre sammenfallende, følgelig legges definisjonen gitt av UN WC konvensjonen til grunn. Et annet begrep som må defineres er «international watercourse» eller «internasjonal vassdrag» på norsk. I UN WC konvensjonens artikkel. 2 (c) defineres «internasjonal vassdrag» på følgende måte:

“International watercourse” means a watercourse, parts of which are situated in different States;”

⁹⁷ Den norske oversettelsen er av konvensjonen er: «FN's konvensjon om bruk av internasjonale vassdrag til andre formål enn skipsfart» se Regjeringens pressemelding, Nr. 93/98 17. juli 1998

⁹⁸ Store Norske Leksikon, internett: snl.no- søkeord «Vassdrag»

Den “internasjonale” dimensjonen ved et vassdrag finner sted når bekker, elver og innsjøer som har startpunkt i en stat krysser en eller flere andre staters territorium. I dag finnes det over 500 vassdrag som kan karakteriseres som «internasjonale».⁹⁹ De folkerettslige rettsspørsmålene knytter seg til utnyttelsen, bruken og styringen av slike vassdrag.

3.3.1 UN WC Konvensjonen fra 1997

Rettsutviklingen rundt internasjonale vassdrag har særlig kommet til uttrykk gjennom traktater som har tatt form de siste 20-30 årene. I mange tilfeller er det snakk om bilaterale traktater som har til formål å regulere en delt vannressurs mellom to nabostater.¹⁰⁰ Et godt eksempel på en slik bilateral avtale er statuttene som regulerer bruken, utnyttelsen og beskyttelsen av Uruguay elven inngått i 1976 mellom Argentina og Uruguay.

Her skal jeg særlig fokusere på UN WC konvensjonen fra 1997. Konvensjonen ble vedtatt av FNs generalforsamling i 1997. Formålet med konvensjonen er at den skal fungere som et rammeverk som skal sikre:

“... utilization, development, conservation, management and protection of international watercourses and the promotion of the optimal and sustainable utilization thereof for present and future generations.”¹⁰¹

For å sikre bærekraftig utnyttelse og beskyttelse av internasjonale vassdrag kreves det at opprinnelsesstaten der elven, innsjøen eller bekken har sitt utgangspunkt utnytter, utvikler og beskytter vassdraget i alle berørte staters interesser.¹⁰²

Hva er UN WC konvensjonens folkerettslige status? Under forhandlingene ble det bestemt at minst 35 land måtte ratifisere dokumentet for at den kunne bli vedtatt. Per dagsdato er konvensjonen ratifisert av åtte land, deriblant Norge. I følge McCaffery er

⁹⁹ Wouters s.2

¹⁰⁰ McCaffery 2007: s. 57

¹⁰¹ Se forordet til UN WC Konvensjonen avsnitt.5

¹⁰² UN WC konvensjonen artikkel.5

det flere grunner for å anse konvensjonen som et folkerettslig instrument med en viss tyngde. For det første så var det 133 land som deltok i forhandlingen, hvor av 103 avga positiv tilslutning til konvensjonen, kun 3 land stemte negativt. At et så stort antall land var og er positive til konvensjonen styrker dets innhold. For det andre så bærer forhandlingene preg av åpenhet og var et forum med rom for alle synspunkter. Statene hadde med andre ord mulighet til å vedkjenne og vurdere innholdet. For det tredje så er det tydelig at særlig de artiklene som omhandler rettferdig utnyttelse, forbudet mot skade og varslingsplikt er kodifisering av gjeldene rett. Et siste argument for at den har viktig status er at konvensjonen i seg selv ikke er noe nytt, den er resultat av allerede eksisterende traktater, avtaler og dokumenter som omhandler internasjonale vassdrag.¹⁰³ Også den internasjonale domstolen har vist til konvensjonen i Gabčíkovo-Nagymaros saken, hvor den understreker at UN WC konvensjonen er svært viktig i reguleringen og beskyttelse av internasjonale vassdrag.¹⁰⁴

Vi husker at gode argumenter talte for at no-harm regelen måtte anses for å være folkerettslig sedvanerett. I denne henseende må følgende rettsspørsmål stilles; er no-harm regelen anvendelig for å hindre, kontrollere og minske risikoen for miljøskade på internasjonale vassdrag? Dette spørsmålet ble blant annet diskutert i Lake Lanoux saken fra 1957. Saken gjaldt en delt innsjø mellom Frankrike og Spania. Myndighetene i Frankrike ønsket å utnytte vannet i innsjøen men Spania fryktet at disse arbeidene ville påvirke Spanias rettigheter og interesser som var nedfelt i bilaterale avtaler fra 1866. Voldgiftsdomstolen anerkjente no-harm regelen indirekte ved å uttale at «...there is a rule prohibiting the upper riparian state from altering the waters of a river in circumstances calculated to do serious injury to the lower riparian state...».¹⁰⁵ Til en viss grad trekker Gabčíkovo-Nagymaros avgjørelsen fra den internasjonale domstolen i motsatt retning. Som påstandsgrunnlag anvendte Ungarn no-harm regelen, domstolen delte ikke denne oppfatningen og heller vurderte saken med utgangspunkt i prinsippet om rettferdig utnyttelse.¹⁰⁶ Dette kan ikke tolkes som at domstolen ikke anså no-harm

¹⁰³ McCaffery 2007: s. 374-376

¹⁰⁴ Gabčíkovo-Nagymaros saken 1997: para.85

¹⁰⁵ McCaffery 2007: s.421-422

¹⁰⁶ Gabčíkovo-Nagymaros saken 1997: para.78,85,147,150

regelen for og ikke være en anvendelig regel for løsning av komplekse tvister som omhandler internasjonale elver.¹⁰⁷ Mer rimelig er det dog å anta at løsning av slike tvister i mange tilfeller kan avhenge av om det aktuelle forholdet reguleres av egen avtale eller ikke.

Forbudet mot å skade et internasjonalt vassdrag (no-harm reglen) er slått fast i UN WC konvensjonens artikkel 7 (1):

“Watercourse States shall, in utilizing an international watercourse in their territories, take all appropriate measures to prevent the causing of significant harm to other watercourse States.”

Tilsvarende tekst finner vi i Helsinki konvensjonens artikkel 2 (1) som UN WC konvensjonen er inspirert av:

“The Parties shall take all appropriate measures to prevent, control and reduce any transboundary impact.”

UN WC konvensjonens artikkel 7 (1) er autorativ ved at en stat “skal” gjør alt i sin makt for å hindre at andre stater blir skadelidende av dets utnyttelse av vassdraget. Med dette sagt så er det rimelig å tolke at no-harm reglen innenfor feltet internasjonale vassdrag ikke er en absolutt forpliktelse. Dets anvendelse avhenger av ulike faktorer som kjennetegner den enkelte sak, der skaden må karakteriseres som «serious» og «significant». Den forplikter stater til og ikke forårsake skade på en delt internasjonalt vassdrag på et generelt grunnlag.¹⁰⁸

3.3.2 Due diligence som standard for beskyttelse av internasjonale vassdrag

Ordbruken «all appropriate measures» i artikkel 7(1) tyder klart på at forbudet mot miljøskade på internasjonale vassdrag er en due diligence forpliktelse. Dette er også uttrykkelig uttalt i Folkerettskommisjonens kommentarer til konvensjonen som slår fast at:

¹⁰⁷ McCaffery 2007: s.422

¹⁰⁸ McCaffery 2007:s.426

“The obligation of due diligence contained in article 7 sets the threshold for lawful State activity...”¹⁰⁹

Under behandlingen av due diligence ble standarden ansett for å være en forpliktelse knyttet til opptreden og ikke resultat. Spørsmålet blir om det gjelder også ved beskyttelse av internasjonale vassdrag. Folkerettskommisjonen anser forbudet mot å forårsake «significant» skade i artikkel 7(1) som en due diligence forpliktelse knyttet til staters opptreden.¹¹⁰ Om dette uttaler kommisjonen at:

“(Due diligence)... is an obligation of conduct, not an obligation of result.”¹¹¹

Due diligence standarden setter grense for staters aktiviteter når det gjelder utnyttelse og bruk av et internasjonalt vassdrag. Den forutsetter dog ikke at stater garanterer at skade ikke vil finne sted ved utnyttelse og bruk.¹¹²

Hva innebærer så due diligence forpliktelsen i relasjon til artikkel.7? Som svar på dette spørsmålet uttaler kommisjonen at:

“...the obligation entails... that a watercourse State whose use causes significant harm can be deemed to have breached its obligation to exercise due diligence so as not to cause significant harm only when it has intentionally or negligently caused the event which had to be prevented or has intentionally or negligently not prevented others in its territory from causing that event or has abstained from abating it.”¹¹³

Staten har altså ikke opptrådt i henhold til due diligence forpliktelsen når den ikke evner å hindre at offentlige som private aktører under dets kontroll og jurisdiksjon forårsaker skade på et internasjonalt vassdrag. Legg særlig merke til ordene «intentionally» og «negligently». Det er rimelige å anta at disse ordene legger utgangspunktet for at det

¹⁰⁹ Folkerettskommisjonens rapport (ILC) Dokument A/49/10: s.103 para. 3

¹¹⁰ Ibid. s.103 para. 3

¹¹¹ Ibid.s.103 para.4

¹¹² Ibid. s.103 para.3

¹¹³ Ibid. s.103 para.4

skal mye til for å hevde at du diligence plikten er krenket. Dette synet støttes også når Folkerettskommisjonen uttaler at stater har krenket due diligence plikten bare når:

“... it knew or ought to have known that the particular use of an international watercourse would cause significant harm to other watercourse States.”¹¹⁴

En stat må vite eller burde ha vist at bruken og utnyttelsen av det internasjonale vassdraget ville forårsaket skade. For å imøtekomme due diligence plikten må en stat gjennom blant annet lovregulering og retningslinjer sikre at rettighetene og interessene til berørte stater i et felles vassdrag ikke krenkes.¹¹⁵ Videre at staten hindrer aktiviteter under sin jurisdiksjon som krenker en rettferdig utnyttelse av et felles vassdrag.¹¹⁶ Det er tydelig at Folkerettskommisjonen har hatt statssuverenitetsprinsippet med i vurderingen når den anser at det skal meget til for å fastslå brudd på due diligence plikten. Eventuell lemping på dette kravet ville vært kontroversielt i forhold til staters rett til å utnytte naturressurser innenfor sitt territorium og jurisdiksjon.

Et interessant moment om hvorvidt en stat har opptrådt i henhold til due diligence plikten knytter seg til spørsmålet vedrørende bevisbyrde. Er det staten som er kilde til skaden som skal bevise at den har opptrådt i henhold til due diligence eller er det den skadelidende stat som må bevise at skadevoldende stat ikke hadde opptrådt i henhold til due diligence? Man er enige om at det er den staten som er kilde til skaden som har bevisbyrden. Begrunnelsen for dette er at kildestaten har de beste forutsetninger for å bevise hvorvidt den har opptrådt med due diligence eller ikke.¹¹⁷ Det kan tenkes at bevisbyrden skiftes over til skadelidende stat når kildestaten har fremmet bevis.

De prosessuelle pliktene som ble behandlet under kapittel 4.2 gjelder også fullt ut ved planlagte aktiviteter knyttet til et internasjonalt vassdrag. To prosessuelle plikter trenger nærmere drøftelse i forhold til forbudet mot skade av internasjonale vassdrag, nemlig samarbeid og varsling om en planlagt aktivitet. Den videre drøftelsen av disse

¹¹⁴ Ibid.s.104 para.8

¹¹⁵ McIntyre 2007: s.99

¹¹⁶ McCaffery 2007: s.439

¹¹⁷ Ibid.s.440, McIntyre 2007: s.99

prosessuelle pliktene foretas dels med utgangspunkt i Pulp Mills avgjørelsen. Sakens faktum var følgende, Uruguay hadde gitt et privat eid firma tillatelse til å bygge en cellulosefabrikk langs elven Uruguay. Cellulosefabrikker omdanner flis eller annen plantefiber til en tykk fiber som sendes til en papirmølle for videre behandling. Argentina som grenset til elven mente at en slik fabrikk konstruksjon var brudd på prosessuelle og substansielle plikter nedfelt i en bilateral avtale fra 1976.

For det første bør de berørte statene samarbeide med hverandre når det gjelder en delt naturressurs som vann. I Gabčíkovo – Nagymaros saken ble viktigheten av samarbeid uttrykt klart:

“The Danube has always played a vital part in the commercial and economic development of its riparian States, and has underlined and reinforced their interdependence, making international CO-operation essential.”¹¹⁸

Det er langt fra at stater “bør” til “plikter” å samarbeide, spørsmålet blir således om det finnes grunnlag for å si at berørte stater plikter å samarbeide? Under arbeidet med UN WC konvensjonen var det stor skepsis knyttet til å anse samarbeid som en absolutt plikt innenfor internasjonal vannrett. Man var enige om at statene bør opptre «(in a) spirit of cooperation- ... to display openness, to take into consideration not only what was useful in the general interest, but also what was reasonably useful to another State». ¹¹⁹ Også UN WC konvensjonen taler mot å anse samarbeid som en absolutt plikt, artikkel. 8 har overskriften “General obligation to cooperate”. Første ledd i artikkel. 8 bruker ordet «skal», Folkerettskommisjonen forholder seg ikke til spørsmålet om artikkel. 8 er kodifisering av folkerettslig sedvanerett. Derimot understreker Folkerettskommisjonen at tanken om samarbeid finnes i en rekke instrumenter og erklæringer. ¹²⁰ I Pulp Mills saken ble viktigheten av samarbeid ved utnyttelse og bruk av en internasjonal elv understreket igjen:

¹¹⁸ Gabčíkovo-Nagymaros saken 1997:, para.17

¹¹⁹ McCaffery 2007: s.

¹²⁰ Folkerettskommisjonens rapport (ILC) Dokument A/49/10: s.106 para. 3-4

“The Court observes that it is by co-operating that the States concerned can jointly manage the risks of damage to the environment...”¹²¹

Gjennom store deler av avgjørelsen peker den internasjonale domstolen i Pulp Mills saken på viktigheten av at partene samarbeider.

Begrunnelsen for varslingsplikten er at en stat som ønsker å sette i gang en aktivitet bør varsle andre berørte stater slik at man kan utrede mulige konsekvenser av aktiviteten.¹²² Varslingspliktens sentrale funksjon ble uttrykt i Pulp Mills saken hvor domstolen uttalte at:

“... the obligation to notify is intended to create the conditions for successful co-operation between the parties, enabling them to assess the plan’s impact on the river on the basis of the fullest possible information and... to avoid the potential damage that it might cause.”¹²³

Et krav til varslings finnes i en rekke konvensjoner og dokumenter som omhandler miljørett.¹²⁴ Blant annet kommer denne plikten til uttrykk i Rio erklæringens prinsipp 19:

“States shall provide prior and timely notification and relevant information to potentially affected States on activities that may have a significant adverse transboundary environmental effect...”

I UN WC konvensjonen er kravet til varslings fastslått i artikkel. 12 som sier :

“Before a watercourse State implements or permits the implementation of planned measures which may have a significant adverse effect upon other watercourse States, it shall provide those States with timely notification thereof.”

¹²¹ Pulp Mills saken 2010: s.42, para.77

¹²² McIntyre 2007: s.317

¹²³ Pulp Mills saken 2010: s.40, para.113

¹²⁴ Convention on Biological Diversity (1992) article.14(d), Convention on Transboundary Effects of industrial Wastes and their Disposal article. 3 og 10, ECE Convention on Transboundary Environmental Impact Assessment (1991) article. 3.

Det er tydelig at man utfra en tolkning av artikkel 12 kan konkludere med at kravet til varsling er en plikt av opptreden og ikke resultat jfr. ordet «before». Kravet melder seg når det på planleggingsfasen er grunn til å tro at en aktivitet vil kunne medføre «significant adverse effect». ¹²⁵ Det må altså være konsekvenser av en viss art, ikke enhver effekt av aktiviteten vil medføre varslingsplikt. I motsetning til kravet til samarbeid var man under forhandlingene til UN WC konvensjonen ikke uenige om innholdet i artikkel 12. ¹²⁶

I Pulp Mills uttaler domstolen seg om den viktige funksjonen prosessuelle plikter har ved utnyttelse og bruk av en internasjonal elv:

“The Court considers that the procedural obligations of informing, notifying and negotiating constitute an appropriate means...These obligations are all the more vital when a shared resource is at issue, as in the case of the River Uruguay, which can only be protected through close and continuous co-operation between the riparian States. ”¹²⁷

Kravet til Environmental Impact Assessment gjelder også fullt ut ved planlagte aktiviteter knyttet til internasjonale vassdrag (se også redegjørelsen av EIA under kapittel 4.2). Både Argentina og Uruguay var enige om nødvendigheten av EIA og at det måtte utarbeides i planleggingsfasen. ¹²⁸ Uenigheten var knyttet til Argentinas påstand om at den utarbeidede EIA som var gjort av Uruguay ikke hadde godt nok belyst de mulige konsekvensene av den planlagte aktiviteten. ¹²⁹ Retten uttalte at utarbeidelse av en EIA er av særlig viktighet der det er tale om en delt ressurs som vann. ¹³⁰ Når det gjelder EIA som en sentral side ved diligent opptreden ved beskyttelse av internasjonale vassdrag uttaler domstolen at:

¹²⁵ McCaffery 2007: s.472

¹²⁶ Ibid.s.473

¹²⁷ Pulp Mills saken 2010: s.34, para.81

¹²⁸ Ibid.s.60. para.203

¹²⁹ Ibid.

¹³⁰ Ibid.s.60, para.204

“...due diligence would not be considered to have been exercised, if a party planning works liable to affect the régime of the river or the quality of its waters did not undertake an environmental impact assessment on the potential effects of such works.”¹³¹

Hvorvidt en stat har opptrådt i henhold til due diligence plikten avhenger i følge domstolen av om den har utarbeidet en EIA når den planlegger aktiviteter. Selv om Uruguay ble funnet og ha krenket varslingsplikten, informasjons- og samarbeidsplikten, kom domstolen fram til at Uruguay ikke hadde krenket de substansielle pliktene nedfelt i den multilaterale avtalen fra 1975.¹³² Store deler av begrunnelsen for at krenkelse av de substansielle pliktene ikke hadde funnet sted var basert på den utarbeidede EIA gjort av Uruguay.

Et interessant spørsmål er hvorvidt domstolen i denne saken legger for stor vekt på en EIA i vurderingen av om en stat har opptrådt i henhold til due diligence plikten. Selv om domstolen var inne på både føre- var prinsippet og bærekraftig utvikling fikk de aldri en avgjørende rolle i vurderingen av om Uruguay hadde opptrådt i henholdt til due diligence standarden. Domstolen legger heller ikke særlig vekt på forståelsen av EIA basert på de folkerettslige kildene, derimot uttaler domstolen at innholdet av EIA i bestemmes av den staten som utarbeider den. Det er videre underlig at domstolen vurderer alle de substansielle pliktene individuelt, en totalvurdering ville kanskje ha resultert i at det var en viss risiko for at miljøskade av en eller annen karakter kunne oppstå.

Det er blitt hevdet at fremtidens konflikter vil omhandle kamp om vannressurser. Hvor mye denne påstanden kan komme til å gjøre seg gjeldende i virkeligheten avhenger av hvordan vi beskytter ferskvann ressursene som finnes. Bindende avtaler som den mellom Argentina og Uruguay er sentrale for at det finner sted bærekraftig utnyttelse av internasjonale vassdrag. Bilaterale avtaler må videre suppleres og styrkes av multilaterale avtaler som UN WC konvensjonen. Den internasjonale domstolen bør i

¹³¹ Ibid.

¹³² Ibid. para.149, 158, 276

større grad anvende og vektlegge prinsipper som bærekraftig utvikling og føre- var prinsippet i forhold til beskyttelse av internasjonale vassdrag i sine avgjørelser.

3.4 Beskyttelse av klimaet

Under dette kapitlet fokuseres det på det tredje eksemplet nemlig beskyttelse av klimaet i kontekst av due diligence standarden. På miljørettens område er beskyttelse av klimaet og statsansvar for klimaskader som følge av klimaforandringer et relativt nytt fenomen som er i stadig utvikling. Dette preger derfor feltet som kan karakteriseres som noe uoversiktlig med lite substans. Her vil det gis en rettsdogmatisk framstilling av gjeldene rett på området.

Innledningsvis blir spørsmålet om hva «klimaforandring» er redegjort samt spørsmålet om årsaker og konsekvenser til klimaforandringer klargjort. Deretter vil de rettslige utfordringene knyttet til klimaforandringer drøftes. Herunder anvendeligheten av no-harm reglen. Endelig vil det i likhet med de tidligere eksemplene drøftes hvorvidt due diligence er en egnet standard for beskyttelse av klimaet og således bidra til å hindre og minske risikoen for klimaforandringer.

3.4.1 Hva er klimaforandringer?

Hva betyr “klima”? I mangel av en konkret definisjon av begrepet anvender Verheyen følgende definisjon; «climate may be... the organized summary over time of the planetary land, atmosphere and water system.»¹³³ Neste begrep er «klimaforandringer» som i FNs rammekonvensjon om klimaendringer (UNFCCC) fra 1992 defineres som:

*“... a change of climate which is attributed directly or indirectly to human activity that alters the composition of the global atmosphere and which is in addition to natural climate variability observed over comparable time periods.”*¹³⁴

Denne definisjonen legger til grunn at menneskelig aktivitet påvirker (“alters”) balansen av de naturlige skiftningene som finner sted i klimaet. Det finnes også andre

¹³³ Verheyen 2005: s.12

¹³⁴ Klimakonvensjonens artikkel. 1 (2)

definisjoner av klimaforandringer.¹³⁵ Her vil klimakonvensjonenes definisjon legges til grunn. Et siste viktig begrep er «klimasystem» som i UNFCCC artikkel 2 (3) defineres som:

“...the totality of the atmosphere, hydrosphere, biosphere and geosphere and their interactions.”

For drøftelsen av beskyttelse av klimaet og statsansvar for klimaskader som følge av klimaforandringer må spørsmålet knyttet til menneskenes rolle besvares. Tidligere var det knyttet usikkerhet til hvorvidt mennesker gjennom utslipp av drivhusgasser faktisk påvirket endringer i klimaet. Allerede i 1859 begynte man med målinger av CO₂ i atmosfæren. Tolkning av målingene over tid viser at det har skjedd/skjer en betydelig økning i konsentrasjonen av CO₂ i atmosfæren som er langt over normalen.¹³⁶ I sin tredje rapport fra 2001 arbeidet FNs klimapanel vitenskapelig med å beviser at mennesker gjennom utslipp av klimafarlige gasser påvirker klimaet.¹³⁷ Med sin fjerde rapport fra 2007 har FNs klimapanel forsterket de vitenskapelige bevisene om menneskelig påvirkning gjennom utslipp av drivhusgasser. I rapporten blir det slått at:

“... anthropogenic sources further strengthens the conclusion that the observed changes are very unusual relative to internal climate variability.”¹³⁸

Også UNFCCC legger til grunn at mennesker påvirker klimaet gjennom utslipp av drivhusgasser:

“...human activities have been substantially increasing the atmospheric concentrations of greenhouse gases, that these enhance the natural greenhouse effect, and that this will result on average in an additional warming of the Earth's surface and atmosphere and may adversely affect natural ecosystems and humankind”¹³⁹

¹³⁵ Verheyen 2005: s.13

¹³⁶ St.meld. nr. 25 (2002-2003)

¹³⁷ IPCC Third Assessment Report - Climate Change 2001: The Scientific Basis

¹³⁸ IPCC Fourth Assessment Report- The Physical Science Basis 2007: s.727-728

¹³⁹ UNFCCC, Forordet

I dag er de vitenskapelige bevisene på at diverse aktiviteter i regi av mennesker medfører utslipp av de nevnte drivhusgassene (særlig CO₂) som medfører en drivhuseffekt overveldende sterke.

Hva er så konsekvensene av klimaforandringer? Først er det viktig å påpeke at man allerede kan peke på konsekvenser av klimaforandringer. Blant annet ble over 20 millioner mennesker tvunget til å flytte på seg grunnet klima relaterte katastrofer i 2008, det er vanlig å omtale disse som miljøflyktninger.¹⁴⁰ Videre er det estimert at over 300 000 dør som følge av klimaforandringer hvert år og at konsekvensene av klimaforandringer koster 125 billion dollar i året.¹⁴¹ I tillegg er det antatt at klimaforandringer påvirker livene til over 325 millioner mennesker.¹⁴²

FNs klimapanel slår fast at klimaforandringer på langsikt vil medføre:

“... wide-ranging effects on the environment, and on socio-economic and related sectors, including water resources, agriculture and food security, human health, terrestrial ecosystems and biodiversity and coastal zones... Melting of glaciers can cause flooding and soil erosion. Rising temperatures will cause shifts in crop growing seasons which affects food security and... putting more people at risk from diseases such as malaria and dengue fever... (and) potentially severely increase rates of extinction for many habitats and species...”¹⁴³

Dersom vi forsetter som i dag («business as usual») vil utslippet av drivhusgasser øke mellom 25-90 % i 2030, og innen utgangen av dette århundret kan temperaturen øke inntil tre grader.¹⁴⁴ Det er ingen tvil om at konsekvensene av klimaforandringer kan bli katastrofale der et spekter av ulike miljøskader kan oppstå. Hardest rammet blir

¹⁴⁰ United Nations Office for the Coordination of Humanitarian Affairs, Internal Displacement Monitoring Centre, Natural disasters and forced displacement in the context of climate change 2009: s.12

¹⁴¹ Global Humanitarian Forum, Human Impact Report 2009: s.11 og 18.

¹⁴² Ibid. s.9

¹⁴³ Rapport on climate change 2007: s. 9

¹⁴⁴ UNFCCC- Impacts, Vulnerabilities And Adoption 2007: s.5

utviklingsland som ikke har den nødvendige teknologi og økonomi for å møte utfordringen.¹⁴⁵

3.4.2 Eksisterer det regler som forplikter stater til å beskytte klimaet?

Nå som grunnlaget er lagt vil diskusjonen i dette kapittelet omhandle hvorvidt regler for beskyttelse av klimaet finnes. Statsansvar på miljørettens område kan generelt følge av brudd på traktatrett eller sedvanerettslige regler. På klimarettens område kan statsansvar følge av relevante traktater som FNs rammeverk for klimaforandringer, Kyoto Protokollen og til en viss grad Havtraktaten. Når det gjelder statsansvar som følge av krenkelse på en sedvanerettslig regel kan no-harm regelen være relevant.¹⁴⁶ Et første spørsmål for den videre diskusjon blir om man kan utlede plikter av FNs rammeverk for klimaforandringer til å hindre, kontrollere eller minske risikoen for klimaskade som følge av klimaforandringer? Dernest om anvendeligheten av no-harm plikten som regel for beskyttelse av klimaet

FNs rammeverk for klimaforandringer (UNFCCC) er et av dokumentene som ble vedtatt under Rio konferansen i 1992. Selv om 2/3 av verdens stater har ratifisert den er det vanlige og karakterisere UNFCCC som et «rammeverk» for handling.¹⁴⁷

Hovedformålet med rammeverket kommer fram av artikkel. 2:

“The ultimate objective of this Convention... is to achieve... stabilization of greenhouse gas concentrations in the atmosphere at a level that would prevent dangerous anthropogenic interference with the climate system.”

Det er verdt å legge merke til at formålet er å stabilisere utslipp av drivhusgasser, med andre ord ikke stabilisering av klimaet. Det første må finne sted før klimaet i seg selv kan stabiliseres.¹⁴⁸ Hvorvidt «prevent dangerous anthropogenic interference» er uttrykk for en regel eller ikke har vært gjenstand for debatt. I følge Verheyen kan man tolke artikkel 2 til å innebære en plikt til å hindre farlig klimaforandringer. Artikkel 2 legger

¹⁴⁵ Ibid. s. 5

¹⁴⁶ International climate change litigation and the negotiation process; s.6

¹⁴⁷ Voigt 2008: s.5

¹⁴⁸ Verheyen 2005: s.55

til grunn at mennesker påvirker klimasystemet gjennom utslipp av drivhusgasser og at det kreves handling for å hindre at man går over grensen for farlig klimaforandring.¹⁴⁹ Også Voigt kommer fram til en tilsvarende konklusjon men med en annen argumentasjon. Dersom artikkel 4.2 leses i sammenheng med artikkel 2 kan man i følge Voigt legge til grunn at statene plikter «to take action to adopt policies and measures to secure the stabilization of atmospheric concentrations of greenhouse gases».¹⁵⁰ Legg merke til at artikkel 4 skiller mellom utviklingsland og industriland. For styrken av artikkel 2 er det viktig å påpeke at ingen av statene protesterte på bestemmelsenes innhold og hvor statene siden 1992 bare har bekreftet viktigheten av å beskytte det globale klimaet.¹⁵¹

De mulige klimaskadelige konsekvensene av klimaforandringer har blitt påpekt ovenfor. No-harm regelen har til formål å hindre, kontrollere og minske skade på miljøet. Regelen har sitt utgangspunkt i grenseoverskridende miljøskade. Finnes det holdepunkter for å gi no-harm regelen anvendelse som regel for beskyttelse av klimaet? Et særtrekk ved de miljøskadelige konsekvensene av klimaforandringer er at de skjer på tvers av statsgrenser. Det er summen av staters utslipp av drivhusgasser som er årsak til klimaforandringer. Dette medfører at miljøskader som følge av klimaforandringer ikke helt passer i doktrinen om forbud mot grenseoverskridende miljøskade. Også Trail Smelter legger til grunn at det må være tale om miljøskade på territoriet til en stat forårsaket av handlinger/unnlater under en annen stats jurisdiksjon og kontroll.

Dog er det mange utviklingstrekk som tyder på at det tradisjonelle utgangspunktet for forbudet mot grenseoverskridende miljøskade er utvidet. Til dette bemerker Verheyen at «neither the decades of ILC debates... nor international jurisprudence provide evidence that... environmental climate change are not... covered by the general duty to prevent harm and minimize the risk thereof.»¹⁵² Videre blir innholdet i prinsipp 21 og 2 i henholdsvis Stockholm- og Rio erklæringen gjengitt i UNFCCC:

¹⁴⁹ Ibid. s.56

¹⁵⁰ Voigt 2005: s.6

¹⁵¹ Verheyen 2005: s. 66

¹⁵² Ibid.s.167

“... responsibility to ensure that activities within their jurisdiction or control do not cause damage to the environment of other States or of areas beyond the limits of national jurisdiction”

I forhold til klimaskader er det særlig interessant å understreke ordene «areas beyond the limits of national jurisdiction». Her utvides rekkevidden av no-harm regelen utover det tradisjonelle utgangspunktet nemlig også til å omfatte verdenshavene og atmosfæren. Med tanke på antallet stater som deltok i forhandlingene og ratifiserte UNFCCC er det rimelig å argumentere at også verdens stater stiller seg bak denne utvidelsen av no-harm regelen.¹⁵³ Også artikkel 2(c) i ILC Draft Articles on Prevention of Harm støtter anvendelsen av no-harm regelen utover det tradisjonelle utgangspunktet:

“Transboundary harm” means harm caused in the territory of or in other places under the jurisdiction or control of a State... whether or not the States concerned share a common border;”

Utfra en tolkning av utviklingen lar det seg derfor konkludere med at kravet til at det må være en miljøskade av grenseoverskridende karakter i dag må tolkes vidt.

3.4.3 Due diligence som standard for beskyttelse av klimaet

Rekkevidden og anvendelsen av no-harm regelen bestemmes med henvisning til due diligence standarden. Under dette kapitlet vil følgende rettsspørsmål behandlet; er due diligence en egnet standard for å hindre/ minske risikoen for klimaskader som følge av klimaforandringer?

Kritiske røster anser forpliktelser av due diligence art for ikke å være anvendelige som standard for beskyttelse av klimaet og grunngir usikkerhet rundt de vitenskapelige bevisene for dette ståstedet.¹⁵⁴ I følge Folkerettskommisjonen skal spørsmål knyttet til risiko og usikkerhet være en del av totalvurderingen om hvorvidt en stat har opptrådt på

¹⁵³ Ibid.

¹⁵⁴ Ibid.s. 177

en «diligent» måte.¹⁵⁵ I følge Verheyen tyder heller ikke andre kilder i internasjonal rett på at det er et krav at risikoen for skade er sikkert og bevist.¹⁵⁶

Den videre behandlingen av due diligence vil ta utgangspunkt i vurderingen av tre kriterier for bestemme rekkevidden og innholdet av diligent opptreden i forhold til klimaforandringer. For det første en stats muligheter for handling, for det andre om skaden kunne forutses (foreseeability of harm) og endelig proporsjonalitet i valget av virkemidler for å hindre eller minske risikoen for skade.¹⁵⁷ Denne framgangsmåten er blant annet valgt av forfatterne Verheyen og Voigt og kan også tolkes utav Folkerettskommisjonens tekster.

Når det gjelder muligheter til handling er det på det rene at de fleste stater i verden har muligheter til å redusere klimafarlige drivhusgasser, særlig CO₂. Enhver reduksjon av klimafarlige gasser vil være med å redusere den totale mengden drivhusgasser i atmosfæren og på langsikt minske risikoen for klimaskader.¹⁵⁸ Som tidligere påpekt er årsaken til klimaforandringer den totale summen utslipp av drivhusgasser. Hvilken effekt har det da når kun en stat eller få reduserer sine utslipp? Som redegjørelsen av due diligence har vist så innebærer ikke standarden en garanti mot skade derimot skal en stat gjøre alt den kan for å minske risikoen for skade.¹⁵⁹ Som Verheyen understreker så vil enhver reduksjon av drivhusgasser «... substantially reduce the amount of greenhous gasses added to the atmosphere in any future year». ¹⁶⁰

Det andre kriteriet er hvorvidt skaden kunne forutses. Utgangspunktet er at internasjonal rett ikke forutsetter at stater har faktisk viten om at en aktivitet medfører spesifikke konsekvenser.¹⁶¹ I forhold til klimaforandringer har jeg allerede utredet om linken mellom menneskelige utslipp av drivhusgasser og den påvirkningen det har på

¹⁵⁵ Folkerettskommisjonens rapport (ILC) Dokument A/56/10: s.155 para.18, Verheyen 2005: s.176

¹⁵⁶ Verheyen 2005: s.176

¹⁵⁷ Voigt 2008: s.10, Verheyen 2005: s.176-177

¹⁵⁸ Verheyen 2005: s.177-178.

¹⁵⁹ Voigt 2008: s.10

¹⁶⁰ Verheyen 2005: s.178

¹⁶¹ Ibid. s. 179

klimasystemet. Forskere ved FNs klimapanel har siden begynnelsen av 1990 styrket de vitenskapelige bevisene for at menneskelig utslipp av drivhusgasser påvirker klimasystemet. Hva angår den eventuelle usikkerhet som måtte finnes kan føre- var prinsippet trekkes inn. Ifølge prinsippet som blant annet er nedfelt i Rio erklæringens prinsipp 15 (2.pkt) er manglende vitenskapelig sikkerhet ingen unnskyldning for at handling ikke finner sted:

“Where there are threats of serious or irreversible damage, lack of full scientific certainty shall not be used as a reason for postponing cost-effective measures to prevent environmental degradation.”

Tilsvarende tekst finner vi i UNFCCC i artikkel 3(3)

“Where there are threats of serious or irreversible damage, lack of full scientific certainty should not be used as a reason for postponing such measures...”

Dette medfører at stater ikke kan underslå det faktum at den ikke kunne forutse at utslipp av drivhusgasser vil være klimaskadelig på lengere sikt.¹⁶²

Det siste kriteriet omhandler proporsjonalitet i valget av tiltak for å hindre eller minske risikoen for skade. Spørsmålet under dette kriteriet er hva slages tiltak som må gjøres for å hindre og minske risikoen for klimaskader? Det lar seg ikke gjøre å angi noen generelle tiltak som stater bør gjennomføre for å hindre eller minske skade. I tråd med forståelsen av due diligence avgjøres valget av tiltak av den enkelte stat. Det ligger innenfor en stats eget kjønn å avgjøre på hvilke områder tiltak må iverksettes for å redusere utslipp av drivhusgasser. Enkelte vil stille seg kritisk til at statene gis for stor kjønnsmargin i forhold til hvilke tiltak som må gjøres for å hindre og minske risikoen for skade. Dette er bare en av mange politiske utfordringer i klimaproblematikken.

Et av kjennetegnene ved due diligence er dets fleksibilitet, når det kommer til valget av proporsjonale tiltak vil derfor en stats teknologiske og økonomiske posisjon være avgjørende for valget av tiltak. Dette støttes også av UNFCCC som under kapittel 3 («Principles») i artikkel 3(1) fastslår:

¹⁶² Voigt 2008: s.12

“The Parties should protect the climate system ... in accordance with their common but differentiated responsibilities and respective capabilities.”

Her gjør prinsippet om felles men differensiert ansvar seg gjeldene. I forbindelse med klimaforandringer er tidsaspektet ved iverksetting av tiltak sentralt. Det er bevist at det i dag finnes store mengder drivhusgasser i atmosfæren grunnet menneskelige aktiviteter. For å hindre forverring og minske risikoen for klimaskader er det av største viktighet at stater iverksetter tiltak innen rimelig tid.¹⁶³

Hvilken rolle spiller de prosessuelle pliktene i klimasammenheng? Når det gjelder samarbeidsplikten og utveksling av informasjon oppfyller stater disse pliktene ved aktiv deltagelse i internasjonale forhandlinger om klima. For å kunne hindre og minske risikoen for klimaskader er deltagelse i forhandlinger av særlig viktighet.¹⁶⁴ Forhandlinger er avgjørende for en felles forståelse av hvilke tiltak som må iverksettes for å redusere utslipp av drivhusgasser.

3.5 Komparativ analyse av resultatene fra eksemplene

Formålet med dette kapitlet er å foreta en komparativ analyse av due diligence som standard for miljøbeskyttelse utfra drøftelsen i eksemplene. I analysen vil følgende spørsmål drøftes, for det første anvendeligheten av no-harm regelen og i forlengelsen av dette om due diligence er en egnet standard for miljøbeskyttelse.

No-harm regelen er antatt å være av folkerettslig status. Reglen har sitt utgangspunkt i den tradisjonelle doktrinen om forbud mot grenseoverskridende miljøskade. I forhold til dette miljøområdet er det ingen tvil om at no-harm regelen har en betydelig styrke som regel for beskyttelse av miljøet. Det samme kan ikke sies i forhold til beskyttelse av internasjonale vassdrag, på dette feltet er det vanskelig å argumentere for no-harm regelen som en selvstendig regel. Snarere er dens status knyttet til en annen sentral regel på feltet, nemlig rettferdig utnyttelse av et internasjonalt vassdrag.

¹⁶³ Verheyen 2005: s.185

¹⁶⁴ Ibid.s.163

Når det gjelder no-harm i klimasammenheng støtter man på visse utfordringer. Her må no-harm regelen tolkes analogisk til et felt som det tradisjonelt ikke er grunnlag for. Dels løses dette problemet ved at no-harm regelen ikke forutsetter at skade har skjedd men også en forpliktelse til å minske risikoen for skade. Videre har det funnet sted en generell utvikling i internasjonal miljørett hvor no-harm regelen i større grad anvendes utover statsgrenser, uttrykt som «areas beyond the limits of national jurisdiction». Det er også klart at dersom menneskelig utslipp av drivhusgasser reduseres vil det på lang sikt være med å hindre og minske risikoen for klimaskader.

Anvendeligheten og stryken av no-harm regelen legger også føringer for due diligence som standard for miljøbeskyttelse. Due diligence handler som tidligere påpekt om at en stat må gjøre alt den kan for å hindre, kontrollere og minske risikoen for skade ved aktiviteter under dets jurisdiksjon og kontroll. Dette fungerer godt særlig i forhold til forbudet mot grenseoverskridende miljøskade og beskyttelse av internasjonale elver. Her vil det ofte være klart hvilket land som må opptre på en diligent måte slik at miljøskade ikke finner sted. I slike tilfeller vil det også være klart hvorvidt staten faktisk opptrådte i henhold til due diligence plikten. Når det gjelder å hindre og minske risikoen for klimaskader som følge av klimaforandringer oppstår det utfordringer. Man må huske at det er totalen av utslipp av drivhusgasser som medfører klimaskader som følge av klimaforandringer. Hvilket rolle spiller det at kun en stat eller noen få reduserer sine utslipp? Due diligence plikten pålegger hver og en stat en plikt til å gjøre alt den kan slik at utslippet av klimafarlige drivhusgasser reduseres. Med andre ord reduksjon av utslipp etter evne. For eksempel kan man langt på vei kreve at særlig industriland som har de største mengdene utslipp av drivhusgasser skal være i stand til å redusere mest.¹⁶⁵

De prosessuelle pliktene som utgjør en viktig del av due diligence standarden har stor vekt ved vurderingen av om en stat har opptrådt på en diligent måte. Dette gjelder plikten til å samarbeide, utveksle informasjon, varsle og utarbeidelse av en EIA. Ved forbudet mot grenseoverskridende miljøskade vil disse prosessuelle pliktene gjelde med fullkraft. Statspraksis, rettspraksis og litteraturen viser at grenseoverskridende

¹⁶⁵ Verheyen 2005:s.178

miljøskade er svært alvorlig, noe som stryker staters forpliktelse til å opptre i henhold til due diligence standarden.

Ved beskyttelse av internasjonale vassdrag er plikten til varsling av mulig berørte stater sentralt. Dog vil en EIA være svært viktig for utredning av mulige konsekvenser av en planlagt aktivitet både generelt til å hindre grenseoverskridende miljøskade og spesielt beskytte internasjonale vassdrag. Pulp Mills saken viser nettopp viktigheten av utarbeidelse av en EIA knyttet til delte ressurser som vann. Hvilken rolle spiller utredning av EIA i klimasammenheng? De vitenskapelige bevisene for mulige konsekvenser av klimaforandringer må i dette tilfellet likestilles med utredning av en EIA. Vi vet nå hva slages konsekvenser vi kan forvente hvis vi ikke handler samt hvilke tiltak vi må gjøre for å hindre, kontrollere og minske risikoen for klimaskader.

I klimasammenheng vil deltagelse i forhandlinger om klima være sentral del av en diligent opptreden fra en stat. På klimarettens område er de mange utfordringer knyttet til at det i dag ikke finnes en bindende avtale hvor statene forplikter seg til å redusere sine utslipp. Etter det resultatløse klimatoppmøte i København vil de fremtidige toppmøtene om klimautfordringer være svært viktige. Handling innen rimelig tid innebærer at statene i samarbeid jobber målrettet med å utforme en bindende avtale om reduksjon av drivhusgasser. I forhold til dette kan man spekulere i at statenes opptreden må gjenspeile seg i dets bidrag på slike møter. Det vil ikke være tilstrekkelig og kun være deltager, man må være en pågangskraft for at bindende avtaler skal finne sted. Til tross for de mange politiske konfliktlinjene innenfor klimaproblematikken og da særlig skillet mellom i-land og u-land må det forventes at partene gjennom konstruktiv deltagelse viser evne til å inngå de nødvendige kompromisser.

4 Statsansvar på miljørettens område

Reglene om statsansvar er sekundære i den forstand at anvendelse forutsetter påstand om krenkelse av folkerettslige regler. No-harm regelen er en primær regel hvor krenkelse kan medføre internasjonalt ansvar. Under dette kapitlet gis det en framstilling

av statsansvar knyttet til miljørettens område men en kort framstilling av konseptet statsansvar er nødvendig og derfor vil finne sted først.

4.1 Generelt om konseptet «statsansvar» og Folkerettskommisjonens rolle

Konseptet «statsansvar» og «internasjonal ansvar» kan spores tilbake til den såkalte Spanish Zone of Morocco saken, hvor Storbritannia fremmet krav om at rettigheter av internasjonal karakter medfører tilsvarende internasjonal ansvar hvis krenket.¹⁶⁶ Mer tydelig ble konseptet da den permanente internasjonale domstolen i Chorzow Factory saken slo fast at:

“...reparation is the indispensable complement of a failure to apply a convention and there is no necessity for this to be Stated in the convention itsef....”¹⁶⁷

Domstolen gjør her det utvilsomt at manglende etterlevelse av en konvensjon vil medføre statsansvar.¹⁶⁸ I Gabčíkova- Nagymaros saken uttrykker internasjonale domstolen dette uttrykkelig:

“It is moreover well established that, when a State has committed an internationally wrongful act, its international responsibility is likely to be involved whatever the nature of the obligation it has failed to respect...”¹⁶⁹

Folkerettskommisjonen (International Law Commission (ILC)) har vært en sentral aktør i utviklingen av Statsansvar konseptet hvor resultatet ble ILC Draft Articles on Responsibility of States for Internationally Wrongful Acts (DASR) fra 2001. Hvilken status har så Draft articles i internasjonal rett? Utgangspunktet er at ILC ikke skaper rett. I følge ILC statuttenes artikkel. 1 (1) er ILC et FN organ som er ansvarlige for “... progressive development of international law and its codification”. Både litteraturen og rettsavgjørelser legger til grunn at DASR på mange måter gjenspeiler sedvaneretten.¹⁷⁰ Den internasjonale domstolen har også vist til flere av artiklene i nåværende og tidligere

¹⁶⁶ Verheyen 2005: s.227-228

¹⁶⁷ Saken om fabrikken i Chorzow 1929: Innledningsfasen

¹⁶⁸ Fitzmaurice 2007: s.1016

¹⁶⁹ Gabčíkovo-Nagyamaros saken 1997: para.47.

¹⁷⁰ Verheyen, 2005: s. 234

utkast av Draft articles.¹⁷¹ DASR er anvendelige på ethvert brudd av folkerettslig karakter.¹⁷²

En stat er ansvarlig når den har begått en internasjonalt ulovlig handling (wrongful act) eller unnlatelse (omission), eventuelt kombinasjon av de to.¹⁷³ Folkerettslig sett er en handling eller unnlatelse ulovlig når en stats opptreden (conduct):

*“(a) is attributable to the State under international law; and
(b) constitutes a breach of an international obligation of the State.”*¹⁷⁴

Altså må det finne sted brudd på en folkerettslig forpliktelse og dette bruddet må kunne tilskrives/tilegnes den aktuelle stat under internasjonal rett.

4.2 Når gjør spørsmålet om statsansvar på miljørettens område seg gjeldende?

Statsansvar på miljørettens område følger av de forpliktelser stater har bundet seg til, primært gjennom konvensjoner og ulovfestet rett, sedvaneretten.¹⁷⁵ En utfordring ved konvensjonene på miljørettens område er at de er preget av vaghet hvor statene har problemer med å komme til enighet om innhold, forståelse og rekkevidde.¹⁷⁶ Også de miljørettslige prinsippene kan man si lider av de samme utfordringene.

På miljørettens område er regler om statsansvar primært ment å oppfylle to formål. For det første skal reglene om statsansvar bidra til at det preventive formål ivaretas ved at statene etterlever sine folkerettslige forpliktelser. No-harm regelen er således en slik sedvanerettslig regel hvorav krenkelse kan medføre internasjonalt ansvar. Regelen forplikter stater til ikke å skade miljøet hverken utover sin jurisdiksjon eller atmosfæren. Hvorvidt krenkelse av no-harm regelen har funnet sted vurderes med

¹⁷¹ Gabčíkovo-Nagyamaros saken 1997: para.47,50,52 osv.

¹⁷² Fitzmaurice 2007: s.1016

¹⁷³ DASR artikkel 1

¹⁷⁴ Ibid. artikkel 2

¹⁷⁵ Birnie mfl. 2009 s.214, Ruud & Ulfstein 2006, s.295

¹⁷⁶ Fitzmaurice 2007: s.1017

utgangspunkt i due diligence standarden. For det andre skal reglene om statsansvar gi grunnlag for at skadelidende stater får reparasjon i form av kompensasjon, tilfredstillelse og om mulig restitusjon.¹⁷⁷ Her vil det fokuseres på restitusjon og kompensasjon.

Som hovedregel er det kun statsorganene som kan bli holdt ansvarlige for handlinger eller unnlatelser. Individer, private og multinasjonale selskaper kan som utgangspunkt ikke stilles til ansvar. For å kunne stille stater til ansvar for private aktørers handlinger/unnlatelser må de tilegnes staters opptreden. Om en stat ikke har opptrådt i henhold til due diligence standarden vil det kunne danne utgangspunkt for statsansvar. På miljørettens område er derfor det avgjørende spørsmålet under hvilke forutsetninger det oppstår et rettslig ansvar med rettslige virkninger for stater

I utgangspunktet og som hovedregel skal miljøskade på andre stater ikke finne sted. Dette er slått fast i DASR artikkel 29. Spørsmålet blir så når en kan si at plikten til å hindre, kontrollere og minske risikoen for miljøskade har blitt krenket? Tidspunktet for når skade oppstår er en av sidene ved dette spørsmålet. I følge DASR artikkel 25 (1, 1.pkt) er en skade antatt oppstått fra det øyeblikket den skadevoldende handling/unnlatelse begynner. Opprinnelsesstaten plikter da å stanse/oppføre med den skadeforvoldende handling/unnlatelse jfr. DASR artikkel 30. Den løper så lenge opprinnelsesstaten ikke gjør de nødvendige tiltak for å hindre, kontrollere eller minske den grenseoverskridende miljøskade se DASR artikkel. 25(1, 2.pkt).

Disse utgangspunktene er klare i forhold til grenseoverskridende miljøskade herunder også internasjonale vassdrag. Spørsmålet er hvordan dette forholder seg i forhold til klimaskader? At den skadeforvoldende handlingen/unnlatelsen skal oppføre er en absolutt plikt og ikke relativ eller fleksibel.¹⁷⁸ Reduksjon av drivhusgasser er ikke noe som kan oppføre umiddelbart, det er noe som skjer over tid.

¹⁷⁷ Verheyen 2005: s.232, Ruud & Ulfstein 2006: s.292

¹⁷⁸ Verheyen 2005: s.242-243, Voigt 2008: s.18

4.2.1 Årsakssammenheng som krav til statsansvar

For at statsansvar skal finne sted er det en forutsetning at det er årsakssammenheng mellom handlingen/unnlåtelsen og den skade som er oppstått.¹⁷⁹ Artikkel 31(2) i DASR uttrykker kravet til årsakssammenheng ved at retten til reparasjon for miljøskader forutsetter at en årsakssammenheng kan påvises.

Spørsmålet om årsakssammenheng kommer særlig på spissen i klimasammenheng. I så hensende må det skilles mellom generell og spesifikk årsakssammenheng hvor den generelle omhandler linken mellom menneskelig utslipp av drivhusgasser og klimaskader som følge av klimaforandringer. Spesifikk årsakssammenheng derimot sikter til om en spesifikk aktivitet forårsaker en spesifikk type skade.¹⁸⁰ Den generelle årsakssammenhengen kan stadfestes ved å vise til at de vitenskapelige bevisene for at menneskelig utslipp av drivhusgasser påvirker klimasystem utover dets naturlige skiftninger er i dag overveldende (se kap.3.4.1).

Det er i forhold til den spesifikke årsakssammenhengen det oppstår spørsmål. Her er det vanskelig om ikke umulig å tilegne utslipp fra en spesifikk stat til spesifikke skader. Problemet ligger i å spore spesifikke klimaskader som følge av klimaforandringer til staters handlinger/unnlatelser, med andre kunne belyse en lenke av årsaker.¹⁸¹ Ettersom det i dag eksisterer data som beviser den enkelte stats utslipp av drivhusgasser er det foreslått at hver stat påtar seg den byrden som den står ansvarlig for.¹⁸²

Mulig framgangsmåte for å kunne imøtekomme denne utfordringen er å vurdere kravene til bevis. I Trail Smelter saken krevde voldgiftsdomstolen at bevisene måtte var “clear and convincing” mens i Corfu Channel saken var kravet “balance of probabilities”.¹⁸³ I forhold til klimaskader vil et krav til at bevisene må være «klare og overbevisende» for om det er årsakssammenheng eller ikke vanskelig å fastslå. Derfor

¹⁷⁹ Verheyen 2005: 249, Voigt 2008: s.10

¹⁸⁰ Voigt 2008: s.15

¹⁸¹ FIELD, International climate change and the negotiation process 2010: s.10

¹⁸² Ibid. s.11, V

¹⁸³ United Nation; Reports of International Arbitral Awards, Trail smelter case, Corfu Channel saken 1949: s.17

er det mer nærliggende å anvende føre-var prinsippet som grunnlag for vurdering av usikkerheten knyttet til bevis. Å anse føre-var prinsippet som en del av reglene som omhandler statsansvar er et progressivt syn som man ikke direkte kan finne støtte for. Anvendelse av prinsippet vil dog være hensiktsmessig for å senke kravet til bevisbyrde.¹⁸⁴

4.3 Reparasjon

Når ansvar for brudd av folkeretten er bevist og fastslått har den skadelidende staten rett til reparasjon som i følge DASR artikkel 34 kan være kompensasjon, restitusjon eller tilfredstillelse. Det er mulig at kun kompensasjon tilkjennes men også en kombinasjon av to eller alle tre er mulig. Hva kan det kreves reparasjon for og hva begrunnelsen for reglene om reparasjon? Det er den skade som er oppstått som resultat av en stats handling/unnløstelse med skadevirkninger utenfor sitt territorium og kontroll se DASR artikkel 31. Denne skaden kan bestå i “any damage, whether material or moral, caused by the internationally wrongful act of a State.” se artikkel 31 (2). Hva angår begrunnelse for reglene er det allerede blitt vist til *Factory at Chorzów* saken hvor domstolen anså reparasjon som en sentral side som reaksjon og konsekvens ved manglende etterlevelse av forpliktelser. Den skadelidende staten bør ha rett til en eller annen form for reparasjon for lidt miljøskade forårsaket av en annen stat.

4.3.1 Restitusjon

Restitusjon er i følge DASR artikkel 34 første formen for reparasjon og etter artikkel 35 innebærer restitusjon at det finner sted:

*“...re-establish the situation which existed before the wrongful act was committed, provided and to the extent that restitution”.*¹⁸⁵

Generelt vil restitusjon være gjenopprettelse av situasjonen som om det ikke hadde blitt begått en internasjonalt lovstridig handling/unnløstelse. Selve innholdet i restitusjonen avhenger av det aktuelle bruddet og dets omfang.¹⁸⁶

¹⁸⁴ Verheyen 2005: s. 262

¹⁸⁵ Folkerettskommisjonens rapport (ILC) Dokument A/56/10: s.96, para.1

Hvordan forholder dette seg i forhold til handlinger/unnlaterse som har skadet miljøet? I mange tilfeller vil miljøskader ikke være mulig å gjenopprette. I følge Folkerettskommisjonen må den skadeforvoldende staten gjøre alt den kan for å gjenopprette situasjonen. Dersom restitusjon viser seg ikke å være mulig, kan statene i mellom seg komme fram til at kompensasjon og/eller tilfredsstillelse for skaden.¹⁸⁷ Grenseoverskridende luftforurensning er for eksempel svært vanskelig å reversere. I et slikt tilfelle vil opphør av den skadeforvoldende handling/unnlaterse være hensiktsmessig med kompensasjon som mulig form for reparasjon. Også i klima sammenheng vil det rent fysisk være umulig å foreta restitusjon. Hvis økning i den globale temperaturen fører til fortørking, økt havnivå og skade på det biologiske mangfoldet lar dette seg vanskelig gjenopprette.¹⁸⁸

4.3.2 Kompensasjon

I den grad restitusjon ikke lar seg gjennomføre kan kompensasjon til skadelidende stat være aktuelt. Kompensasjon er uttrykkelig nevnt i Stockholm erklæringens prinsipp 22:

“States shall cooperate to develop further the international law regarding ...compensation for the victims of pollution and other environmental damage caused by activities within the jurisdiction or control of such States to areas beyond their jurisdiction.”

Rio erklæringens prinsipp 13 har forøvrig samme tekst som prinsipp 22 i Stockholm erklæringen. Det er tydelig at det ikke kan tolkes en kompensasjons plikt ut av disse prinsippene. Det er rimelig å anta at prinsippene understreker viktigheten av kompensasjon og oppfordrer til utvikling av regler som gjør dette mulig.

Derimot er den skadelidende stats rett til kompensasjon slått fast i DASR artikkel 35 (1)

“The State responsible for an internationally wrongful act is under an obligation to compensate for the damage caused thereby...”

¹⁸⁶ Ibid. s.98, para. 6

¹⁸⁷ Ibid. s.96, para. 3-5, Se også DASR artikkel 34 (a)

¹⁸⁸ Verheyen 2005: s.246

Selve kompensasjonen kan være økonomiske tap lidt av den skadelidende staten eller tap av annet profitt se DASR artikkel 35 (2). At retten til kompensasjon er en sentral regel i internasjonal rett ble slått fast i Gacikova- Nagymaros saken:

“...an injured state is entitled to obtain compensation from the state which has committed an internationally wrongful act for the damage caused by it...”¹⁸⁹

Både i forhold til grenseoverskridende miljøskade og skade på et internasjonalt vassdrag vil kompensasjon være et egnet virkemiddel i tillegg til at den skadeforvoldende handlingen/ unnlatelsen opphører. Kompensasjon i forhold til klimaskader er noe mer komplisert. I følge Verheyen kan en argumentere rett til kompensasjon etter artikkel 36 (2), nemlig «loss of profits». Siden skadevirkningene av klimaforandringer er vitenskapelig bevist kan man legge dette til grunn for «devaluation of property or losses due to changes in land use as a result of climate change».¹⁹⁰

4.4 Ansvarsfrihetsgrunnene

Forutsatt at det finner sted en skade, kan den som har begått den skade fortsatt slippe ansvar dersom en ansvarsfrigrunn kommer til anvendelse. Staten kan for det første påberope seg at den skadelidende staten har samtykket i den skadevoldende handlingen. For det andre kan staten være ansvarsfri grunnet *force majeure*- altså at det er umulig å oppfylle en plikt fordi man ikke hadde noen valg. Et tredje ansvarsgrunnlag er nødrett, en handling foretatt for å hindre skade. Endelig har vi grunnlaget folkerettslig mottiltak, dette er aktuelt der en «ellers folkerettsstridig handling blir rettmessig fordi staten har blitt utsatt for et folkerettsbrudd fra en annen stat».¹⁹¹

I klimasammenheng kan en stat være ansvarsfri på grunnlag av nødrett. For eksempel kan stater som er i utvikling argumentere for at dets utslipp av store mengder drivhusgasser er nødvendig for den videre utviklingen av staten.¹⁹² Kina og Brasil er gode eksempler på land som er inne i en rask utviklingstrend og som i

¹⁸⁹ Gacikova-Nagymaros saken 1997: s.81, para.87

¹⁹⁰ Verheyen 2005: s. 247

¹⁹¹ Ruud & Geir Ulfstein 2006: s.294

¹⁹² FIELD, International climate change and the negotiation process 2010: 12

klimaforhandlinger ofte viser tilbakeholdenhet i forhold til konkrete utslippsmål. Forøvrig vil henvisningen til nødrett også gjøre seg gjeldende i forhold til utnyttelse av internasjonale vassdrag. På dette området er det nærliggende å tenke seg at en av statene anfører nødvendighet og behov som grunn for en aktivitet selv med miljøskade som konsekvens. Samtykke kan i klimasammenheng finne sted der statene opptrer passivt til utslipp av drivhusgasser. Denne passiviteten kan komme til uttrykk nettopp ved at det er vilje til handling men at statene ikke enes om noen bindende avtaler om reduksjon av drivhusgasser.

5 Sammendrag og konklusjon

I innledningen til denne avhandlingen uttrykket jeg at målet var å klargjøre hvorvidt due diligence er en egnet standard for beskyttelse av miljøet. Langt på vei bekrefter gjennomgangen av gjeldene rett at due diligence som standard for miljøbeskyttelse absolutt har en viktig rolle. Det rettslige grunnlaget for due diligence plikten, nemlig no-harm regelen forplikter stater til å opptre på en slik måte at aktiviteter under dets jurisdiksjon og kontroll ikke medfører grenseoverskridende miljøskade. Det er innenfor rammen av due diligence standarden man vurderer hvorvidt en stat har gjort alt den kunne for å hindre, kontrollere og minske risikoen for miljøskade.

Avhandlingen viser også at det er visse utfordringer knyttet til due diligence som standard for miljøbeskyttelse. I Pulp Mills saken ble det uttalt at den staten som fremmer påstand om miljøskade også har bevisbyrden. I forhold til due diligence vil det si at det er den skadelidende stat som må bevise at den skadeforvoldende stat ikke har opptrådt i henhold til due diligence plikten. Her finner det sted en ubalanse mellom partene. Hvordan skal skadelidende stat kunne påvise at due diligence ikke har funnet sted når det er den skadeforvoldende som står bak handlingen/unnlåtelsen?

Kilden til mange miljøskader i dag er ofte resultatet av private aktørs handlinger eller unnlatelse av handling. Ettersom slike aktører etter folkerettens statsansvarsregler ikke kan stilles til ansvar må handlingene/unnlaterse tilegnes den enkelte stat som de operer i. Due diligence er en slik standard som stiller krav til en stats opptreden i forhold til aktiviteter som skjer innenfor dets jurisdiksjon og kontroll. Dersom en stat ikke har opptrådt på en diligent måte i forhold til en aktivitet med skade på miljøet som resultat kan staten stilles til ansvar. Her tilegnes ansvaret staten selv om den ikke som sådan stod bak aktiviteten.

Avhandlingen har videre vist at klimaproblematikken skaper utfordringer for gjeldene folkerettslige regler. For det første er det vanskelig å tolke bindende regler som har beskyttelse av klimaet som formål utav klimarelaterte avtaler som Kyoto avtalen og UNFCCC. For det andre er det knyttet en særlig utfordring til anvendelsen av no-harm reglen i forhold til beskyttelse av klimaet. Anvendelse av no-harm reglen i klimasammenheng forutsetter et progressivt syn på folkerettens kilder. Selve anvendelsen av reglen må ta utgangspunkt i analogisk tolkning av den tradisjonelle hovedregelen om forbudet mot grenseoverskridende miljøskade. Dette svekker nødvendigvis ikke regelens anvendelse men dets rekkevidde blir usikker. For det tredje blir anvendelse av statsansvars regler på klimaspørsmål vanskelig om ikke umulig.

Ved flere anledninger har det i denne avhandlingen blitt visst til rettsavgjørelser som behandler miljøspørsmål direkte. Det gjelder Trail Smelter, Lac Lanoux, Gabcikova-Nagymaros og Pulp Mills saken. Rettsspørsmålene har vært konsentrert rundt grenseoverskridende miljøskade i form av forurensning(vann, luft) og påstander om urettferdig utnyttelse og bruk av et internasjonalt vassdrag. Derimot er det ingen eksempler på rettsavgjørelser som omhandler statsansvar for klimaskader som følge av klimaforandringer. Her blir en rekke stater skadelidende og ansvarsspørsmålet utydelig. Denne utfordringen kan ikke løses med utgangspunkt i de gjeldene reglene om statsansvar. Et første skritt er derfor at statene blir enige om en bindende avtale om reduksjon av drivhusgasser, så lenge dette ikke er på plass vil spørsmål om statsansvar for klimaskader være kontroversielt og tvetydig. Dette er noe av bakgrunnen for at de stater som i dag allerede er skadelidende grunnet klimaskader ikke klager.

En felles utfordring er staters manglende evne og vilje til å bringe potensielle saker innfor internasjonale domstoler. Selv om det er positivt at stater i dag finner løsning i mellom seg vil rettsavgjørelser av tvister omhandlende miljøspørsmål kunne fremme viktigheten av miljøbeskyttelse. Samtidig vil den over tid kunne videreutvikle gjeldende rett til å håndtere dagens utfordringer knyttet til klima og vannressurser.

6 Litteraturliste og kilder

Bøker

Birnie, Patricia Alan Boyle, Cathrine Redgwell: *International Law & the Environment*, 2.utgave, Oxford (2003)

Birnie, Patricia Alan Boyle, Cathrine Redgwell: *International Law & the Environment*, 3.utgave Oxford (2009)

Bugge, Hans Chr: *Lærebok i Miljøforvaltningsrett*, Universitetsforlaget, Oslo (2006)

Cassese, Antonio: *International law*, Oxford University Press, Oxford (2005)

Fleischer, Carl August: *Folkerett*, Universitetsforlaget, Oslo (1984)

Hanqin, Xue: *Transboundary Damage in International Law*, Cambridge University Press, Cambridge (2003)

Kiss, Alexandre & Dinah Shelton: *Guide to International Environmental Law*, Martinus Nijhoff Publishers, Leiden/Bosten (2007)

Lefeber, Rene: *Transboundary Environmental Interference and the Origin of State Liability*, Kluwer Law international., The Hague /London/ Boston (1996)

McCaffrey, Stephen C. : *The Law Of International Watercourses*, Oxford University Press (2007)

McIntyre, Owen: *Environmental Protection of international Watercourses under International Law*, Ashgate (2007)

Nyland, Nicolai: *Er stater folkerettslig forpliktet til å beskytte miljøet? En analyse av tradisjonelle og nye måter å se rettsforholdet mellom stater og miljøet på*, AiT e-dit AS, Oslo 2009

Okowa, Phoebe N.: *State Responsibility for Transboundary Air Pollution in International Law*, Oxford University press, Oxford (2000)

Ruud, Morten & Geir Ulfstein: *Innføring i folkerett*, Universitetsforlaget, (tredje utgave) Oslo, 2006

Sands, Phillippe: *Principles of International Environmental Law*, Cambridge University Press (andre utgave) 2003

Sand, Peter H.: *The Evolution of International Environmental Law i The Oxford Handbook of International Environmental law*, Oxford University Press, 2007

Stephens, Tim: *International Courts and Environmental Protection*, Cambridge University Press, New York (2009)

Verheyen, Roda: *Climate Change Damage and International Law: Prevention Duties and State Responsibility*, Martinus Nijhoff Publishers, Leiden/Boston 2005,

Artikler

Beyerlin, Ulrich: *Different types of norms in international environmental law: policies, principles and rules*, i *The Oxford Handbook of International Environmental law*, Oxford University Press, 2007

Handel, Gunther: *Transboundary Impacts i The Oxford Handbook of International Environmental law*, Oxford University Press (2007)

Hanley, Nick: *The Economic Value of Environmental Damage I Environmental Damage in International and Comparative Law; Problems of Definition and Valuation*, redigert av Michael Bowman & Alan Boyle, Oxford University Press (2002)

Fitzmaurice, Malgosia: *International responsibility and Liability*, i *The Oxford Handbook of International Environmental law*, Oxford University Press (2007)

Foundation for International Environmental Law and Development (FIELD):

International climate change and the negotiation process (2010):

http://www.field.org.uk/files/FIELD_cclit_long_Oct.pdf

Voigt, Christina: *State Responsibility for Climate Change Damages*, s.1-22 Nordic Journal of International Law 77, Martinus Nijhoff Publishers 77 (2008)

Wouters, Patricia: *The Legal Response to International Water Scarcity and Water Conflicts: The UN Watercourses Convention and Beyond*

http://www.africanwater.org/pat_wouters1.htm

Rettsavgjørelser

Corfu Channel saken (United Kingdom v. Albania), ICJ Reports (1949)

Gabcíkovo-Nagymaros saken (Hungary v. Slovakia), ICJ Reports (1997)

Nuclear Weapons saken, Advisory Opinion, ICJ Reports (1996)

Pulp Mills saken (Argentina v. Uruguay), ICJ Reports 2010

Trail Smelter saken: United Nation; REPORTS OF INTERNATIONAL ARBITRAL AWARDS, Trail smelter case (United States, Canada), 16 April 1938 and 11 March 1941 VOLUME III pp. 1905-1982

Rapporter/dokumenter

Contribution of Working Group II to the Fourth Assessment Report of the Intergovernmental Panel on Climate Change: *Summary for Policymakers*

<http://www.ipcc.ch/pdf/assessment-report/ar4/wg2/ar4-wg2-spm.pdf>

Folkerettskommisjonens rapport: DOCUMENT A/49/10

http://untreaty.un.org/ilc/reports/english/A_49_10.pdf

Folkerettskommisjonens rapport: DOCUMENT A/56/10

http://untreaty.un.org/ilc/reports/english/a_56_10.pdf

Global Humanitarian Forum, Human Impact Report: *Climate Change – The Anatomy of a Silent Crisis*, (2009)

http://www.preventionweb.net/files/9668_humanimpactreport1.pdf

IPCC Third Assessment Report - Climate Change: *The Scientific Basis* (2001)

http://www.grida.no/publications/other/ipcc_tar/

IPCC Fourth Assessment Report: The Physical Science Basis (2007)

http://www.ipcc.ch/publications_and_data/ar4/wg1/en/contents.html

NOU 2000: 29: Kapittel 6: *Føre-var prinsippet*

<http://www.regjeringen.no/nb/dep/hod/dok/nouer/2000/nou-2000-29/7.html?id=143310>

St.meld. nr. 25 (2002-2003): *Regjeringens miljøvernpolitikk og rikets miljøtilstand*

<http://www.regjeringen.no/nb/dep/md/dok/regpubl/stmeld/20022003/stmeld-nr-25-2002-2003-.html?id=402861>

United Nations Office for the Coordination of Humanitarian Affairs, Internal Displacement Monitoring Centre, *Natural disasters and forced displacement in the context of climate change*, (2009).

[http://www.internaldisplacement.org/8025708F004BE3B1/%28httpInfoFiles%29/12E8C7224C2A6A9EC125763900315AD4/\\$file/monitoring-disaster-displacement.pdf](http://www.internaldisplacement.org/8025708F004BE3B1/%28httpInfoFiles%29/12E8C7224C2A6A9EC125763900315AD4/$file/monitoring-disaster-displacement.pdf)

United Nations Framework Convention on Climate Change (UNFCCC), CLIMATE CHANGE: *Impacts, Vulnerabilities And Adoption*, (2007)

<http://unfccc.int/resource/docs/publications/impacts.pdf>

World Commission on Environment and Development, Our Common Future, UN Doc. A/42/427 (1987)

<http://www.un-documents.net/wced-ocf.htm>